

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL: DEFINIÇÃO, RAZÕES E  
MEIOS DE EFETIVAÇÃO**

**Ednaldo Silva Ferreira Júnior**

Dissertação orientada pelo Professor Doutor Miguel Assis Raimundo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como meio parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito e Ciência Jurídica, na Área de especialização Ciências Jurídico-Políticas, especialidade Direito Administrativo

2020

*À família em que nasci, no calor dos trópicos.  
E àquela que descobri, do outro lado do Atlântico,  
numa descoberta de caminho inverso à de outros tempos.*

*Pelo visto, tudo vale mesmo a pena, quando a alma não é pequena.*

## **RESUMO**

Cada vez mais tem se identificado que as compras públicas compõem uma ferramenta de relevância para a implementação das mais diversas políticas públicas, de forma que, ultimamente, se tem incentivado o uso deste viés das compras governamentais, no que se pode intitular de contratação pública sustentável. Diante disto, o presente escrito busca responder a três questões que julga fundamentais: o que é uma contratação pública sustentável; por que desenvolver uma contratação pública sustentável; e como implementar tal ideal de contratação pública sustentável. Assim, a cada uma destas perguntas é dedicado um capítulo. Primeiramente é analisado o que significa a sustentabilidade e como se dá a sua integração a um sistema de compras públicas. Depois é analisado se a implementação de um sistema de compras governamentais sustentáveis é mais eficiente, mais justo e se constitui um autêntico dever jurídico para os Estados contemporâneos. Por fim, se examina que diferentes meios podem ser utilizados para integrar a implementação de políticas públicas nas compras governamentais, bem como analisam-se questões mais gerais, relacionadas com a própria implementação de um sistema de compras que se pretenda sustentável.

**Palavras-chave:** contratação pública; sustentabilidade; políticas públicas.

## **ABSTRACT**

Increasingly it has been identified that public procurement is a relevant tool for the implementation of the most diverse public policies, so that, lately, the use of this bias of government procurement has been encouraged, in what can be called sustainable public procurement. . In view of this, this paper seeks to answer three questions that it considers fundamental: what is sustainable public procurement; why develop sustainable public procurement; and how to implement such a sustainable public procurement ideal. Thus, a chapter is dedicated to each of these questions. Firstly, it is analyzed what sustainability means and how it is integrated into a public procurement system. Then it is analyzed whether the implementation of a sustainable government procurement system is more efficient, more just and constitutes an authentic legal duty for contemporary States. Finally, it examines what different means can be used to integrate the implementation of public policies in government procurement, as well as analyzing more general issues related to the implementation of a procurement system that is intended to be sustainable.

**Key Words:** public procurement; sustainability; public policies.

## **ADVERTÊNCIAS**

Esta dissertação foi redigida em português do Brasil.

Quando obras e documentos são referenciados pela segunda vez, há uma redução das informações bibliográficas fornecidas, constando apenas o/a autor/a, parte do título e, eventualmente, a página específica onde consta a informação que se busca referenciar.

As siglas e abreviaturas utilizadas ao longo do texto estão previamente catalogadas a partir da página a seguir.

A presente dissertação está atualizada com referência a 09 de Agosto de 2020.

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

ACP	Acordo sobre Contratos Públicos
EMBRAER	Empresa Brasileira de Aeronáutica
PIB	Produto Interno Bruto
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIT	Organização Internacional do Trabalho
TCU	Tribunal de Contas da União
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

## **PLANO DE TRABALHO**

### **I. APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO OBJETO INVESTIGADO**

### **II. O QUE É CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL?**

#### **1. O que é sustentabilidade?**

- a) A dimensão ambiental
- b) A dimensão econômica
- c) A dimensão social

#### **2. A necessária observância das 3 dimensões para uma verdadeira sustentabilidade**

#### **3. A contratação pública sustentável como além de uma contratação pública ecológica ou social**

- a) Contratação pública ambientalmente sustentável
- b) Contratação pública economicamente sustentável
- c) Contratação pública socialmente sustentável

#### **4. Contratação pública sustentável: um novo paradigma para os sistemas de compras públicas?**

### **III. POR QUE UMA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL: ENTRE UMA ANÁLISE DOGMÁTICA E ZETÉTICA**

#### **1. Razões econômicas em defesa de uma contratação pública sustentável**

#### **2. Razões de justiça em defesa de uma contratação pública sustentável**

#### **3. A noção de contratação pública sustentável e os princípios jurídicos**

- a) Princípio da concorrência
- b) Princípio da prossecução do interesse público
- c) Princípio da igualdade
- d) Princípio da boa administração ou da eficiência
- e) Princípio da sustentabilidade
- f) O dever principiológico de contratar de forma sustentável e a ponderação de eventuais conflitos

#### **4. As compras públicas sustentáveis e o direito internacional e comunitário**

- a) O direito internacional
- b) O direito comunitário da União Europeia e o Direito do MERCOSUL

#### **5. A contratação pública sustentável é um dever dos Estados contemporâneos?**

### **IV. COMO EFETIVAR UM SISTEMA DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL**

#### **1. Diretrizes para inclusão de políticas públicas nas compras governamentais**

- a) Preferência por parâmetros de sustentabilidade ao alcance do mercado

- b) Foco em pontos de estrangulamento e potenciais externalidades positivas
- c) Sujeição permanente a uma lógica de eficiência

## **2. Meios de efetivação da sustentabilidade nos procedimentos de contratação e contratos públicos**

- a) Meios relacionados à decisão de comprar
- b) Meios relacionados ao procedimento de contratação
- c) Meios relacionados à execução do contrato

## **3. O papel da governança num sistema de compras públicas sustentável**

## **V. CONCLUSÕES**



## **I. Apresentação e delimitação do objeto investigado**

Como de certa forma o título do trabalho já antecipa, o presente escrito se voltará sobre a integração da ideia de sustentabilidade aos contratos públicos. Sendo esta uma incursão demasiado ampla, o subtítulo age em complemento, esclarecendo de forma mais restrita que tipo de questões serão efetivamente analisadas: o conceito de contratação pública sustentável; as razões que fundamentam a inclusão de preocupações sustentáveis nos procedimentos de contratação pública; e os meios através dos quais os sistemas de compras públicas podem efetivar uma contratação que se pretenda sustentável.

A pertinência do tema e das questões analisadas é evidente, não só pela relevância da própria noção de sustentabilidade, mas também pela atualidade da integração de tal conceito aos procedimentos de contratação pública. Não são poucos os que afirmam que a sustentabilidade é o grande desafio da humanidade para o século XXI, de forma que a temática tem se tornando transversal a todas as atividades humanas, desde as mais cotidianas e de relação evidente, como por exemplo a reciclagem de lixo domésticos, até aquelas mais específicas e técnicas, como a aquisição de produtos, obras e serviços pela Administração Pública. O problema é urgente e demanda todos os esforços possíveis. Não à toa cada vez mais escritos e pesquisas têm como objeto a utilidade dos contratos públicos para colaborar na busca por tal sustentabilidade. Exemplo da atualidade deste tema, inclusive, é a Estratégia Europa 2020<sup>1</sup>, da União Europeia, que expressamente declara a aptidão das compras públicas para a promoção de um crescimento sustentável.

Diante deste propósito, o texto principia por apresentar uma definição de contratação pública sustentável, examinando que características são essenciais para que se possa qualificar um sistema de contratação pública com o predicado sustentável. Para tanto, é primeiro examinada a própria noção de sustentabilidade, com o fim de identificar o seu significado e características elementares. Posteriormente, é analisado como tais características se integram ao sistema de contratação pública a ponto de demonstrar uma autêntica simbiose entre as práticas de contratação e as problemáticas envolvidas na noção de sustentabilidade. Por fim, se reflete se a noção de contratação pública sustentável e as práticas daí decorrentes são inteiramente novas, ou encontram raízes mais antigas, bem como se constituem um novo paradigma.

---

<sup>1</sup> EUROPEAN UNION. **Europe 2020: a strategy for smart, sustainable and inclusive growth**. Bruxelas: European Commission, 2010. [Consult. 13 abr. 2020] Disponível em WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52010DC2020>.

Em seguida, são analisados os fundamentos que justificam uma contratação pública sustentável, com o fim de perceber se hoje a inclusão da sustentabilidade no domínio das compras públicas constitui uma mera opção dos Estados ou, na verdade, constitui um autêntico dever. Aqui, sendo certo que, no Direito, o estudo dos fundamentos pode possuir naturezas distintas (zetética ou dogmática), o presente escrito optou por não negligenciar nenhuma dessas duas óticas, abordando ambas. Assim, primeiro são analisados aqueles fundamentos que não são estritamente jurídicos, mas antes têm relação com debates políticos e/ou filosóficos, e corroboram uma defesa da contratação pública sustentável enquanto opção regulatória mais adequada ao contexto social contemporâneo, em uma abordagem claramente zetética do problema. Em seguida a questão é analisada sob um viés estritamente dogmático, analisando-se se há, hoje, fundamentos jurídicos suficientes que permitam argumentar ser um dever dos Estados promover contratações sustentáveis mesmo quando tal dever não esteja previsto nos ordenamentos jurídicos nacionais de forma expressa através de regras de aplicação bastante delimitada. Para tanto, são analisadas esferas dogmáticas eventualmente capazes de vincular os procedimentos de contratação em tal grau: os princípios jurídicos e possíveis regras jurídicas de direito internacional e comunitário.

Por fim, o escrito apresenta um compêndio de instrumentos úteis para efetivar uma contratação pública sustentável. Sendo certo que, para além de uma mera enumeração dos diferentes meios de efetivar demandas sustentáveis, pretende-se desenvolver uma análise contextualizada das mesmas, pontuando eventuais aspectos positivos e negativos, bem como casuais dificuldades já identificadas nas respectivas realidades nacionais em que tais meios foram empregados. Sendo ainda este o momento em que são analisadas diferentes problemáticas referentes à efetivação da contratação pública sustentável enquanto sistema, como a necessidade de focar na implementação de um número restrito de políticas públicas, sob pena de ineficiência. Ou seja, além da enumeração de diferentes meios de efetivação, o capítulo pretende apresentar diretrizes gerais, úteis para a própria aplicação dos tais instrumentos de promoção de demandas sustentáveis. Concluindo com uma análise dos problemas de governança decorrentes da integração de demandas sustentáveis nos procedimentos de compras públicas.

E em que pese o objeto de estudo da presente investigação já se encontrar melhor delimitado após esta síntese das questões que se pretende analisar em cada um dos capítulos, convém ainda fazer algumas outras observações.

A primeira delas é que, ao nos referirmos à contratação pública sustentável, não estamos a nos referir à generalidade dos contratos celebrados pela Administração Pública. Tal confusão pode surgir em virtude de o termo “contrato público” ser usado por alguns para identificar a generalidade dos contratos celebrados por entes públicos, numa noção que faz o predicado “público” decorrer da mera presença de um ente estatal entre as partes contratantes<sup>2</sup>. Não é do nosso interesse se referir à inclusão da sustentabilidade em todos os contratos celebrados pela Administração Pública. Quando falarmos em contratação pública ao longo do presente texto estaremos a nos referir apenas aos procedimentos de natureza eminentemente pública atinentes à celebração, por entes públicos, de contratos de aquisição de bens, serviços e obras ou de concessão de serviços públicos. Estão excluídos da presente investigação, por exemplo, todos os outros tipos de contratos, mesmo que celebrados por entes administrativos, tais como os contratos sobre o exercício de poderes públicos, por exemplo. O que não significa que a sustentabilidade não tenha interesse para esses tipos de contratos, muito pelo contrário, dado cada vez mais constituírem uma importante ferramenta de atuação da Administração Pública. Tal recorte dar-se-á apenas por questões metodológicas, visto que não seria possível tratar da generalidade dos contratos em um trabalho com a presente natureza, cujos limites impõem a necessidade de estreita delimitação do objeto de estudo.

E, embora não estejamos a tratar de todos os contratos que envolvem a Administração pública, ressalve-se que nos referimos apenas àqueles contratos públicos celebrados pela Administração Pública. Como dito acima, a presente investigação restringe-se aos procedimentos de natureza eminentemente pública atinentes à celebração, *por entes públicos*, de contratos de aquisição de bens, serviços e obras ou de concessão de serviços públicos. Esta observação é relevante visto existir a possibilidade de atores privados figurarem como entidades adjudicantes, como é o caso, por exemplo, de entidades privadas financiadas por recursos públicos. Assim, o presente escrito restringe-se aos contratos públicos celebrados por entes da Administração Pública. Mais uma vez, este é um recorte estritamente metodológico, decorrente do fato de que o exame das dinâmicas de compras de tais entidades privadas sujeitas a um regime público de aquisição possui peculiaridades cujo exame não cabe em trabalho sujeito a estreitos limites, como o presente.

---

<sup>2</sup> Exemplificando tal posição: CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 21-22.

Em seguida, no que toca aos exercícios de comparação entre diferentes ordens legais promovidos ao longo do trabalho, é possível constatar que houve uma predominância de exame dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, o que constituiu uma escolha deliberada.

A opção pelo ordenamento jurídico português decorreu, em primeiro lugar, do seu pertencimento ao sistema jurídico da União Europeia, cujo estudo era imperioso, tendo em vista possuir, hoje, o sistema de compras públicas onde a temática da sustentabilidade tem tido mais atenção e desenvolvimentos. A centralidade, sem par, que a temática da contratação pública sustentável tem tido no território do mercado único europeu, inclusive, é objetivamente verificável: foi um dos temas principais de recente Diretiva<sup>3</sup>; é expressa e reiteradamente mencionada como importante instrumento de desenvolvimento no planeamento económico e social da União Europeia pelos órgãos institucionais, vide a Estratégia Europa 2020, já referida; para além dos reiterados esforços institucionais na produção de manuais de compras sustentáveis<sup>4</sup>. Em segundo lugar, a escolha pelo sistema de contratação pública português em detrimento dos outros sistemas de compras públicas também componentes do sistema jurídico europeu decorreu da sua proximidade com o segundo ordenamento jurídico estudado com maior enfoque, o brasileiro. Integrantes de uma mesma tradição jurídica, a tradição jurídica lusófona, tais ordenamentos tem tido, para além de uma origem comum, uma vigorosa troca de influências que torna possível afirmar uma certa comunhão de institutos, valores e técnicas jurídicas<sup>5</sup>. O que, por sua vez, torna mais adequada e fidedigna a comparação entre estes sistemas jurídicos do que a comparação entre o sistema jurídico brasileiro e outros sistemas jurídicos mais distantes, mesmo que pertencentes à ordem jurídica europeia, como o direito norueguês.

Já a escolha pelo sistema de compras públicas brasileiro foi feita com a intenção de complementar o viés dado ao objeto da presente investigação pela abordagem europeia. O contexto brasileiro de nação em desenvolvimento faz com que a reflexão em

---

<sup>3</sup> Referimo-nos à Diretiva 2014/24/EU.

<sup>4</sup> Referimo-nos aos manuais de compras ecológicas e de compras sociais. Respectivamente: EUROPEAN UNION. **Buying green – a handbook on green public procurement**. Bruxelas: European Commission, 2016. [Consult. 13 Abr. 2020] Disponível em WWW: [https://ec.europa.eu/environment/gpp/buying\\_handbook\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm); EUROPEAN UNION. **Buying social - a guide to taking account of social considerations in public procurement**. Bruxelas: European Commission, 2011. [Consult. 13 Abr. 2020] Disponível em WWW: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cb70c481-0e29-4040-9be2-c408cddf081f>.

<sup>5</sup> Para um maior desenvolvimento acerca: VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2015, vol. I, pp. 79-88.

torno de um sistema de compras públicas sustentável levante problemáticas que não surgem em países desenvolvidos, como são os membros do mercado único europeu – ou que até surgem, mas com conclusões diametralmente opostas. É o caso, por exemplo, de certo protecionismo em matérias de compras públicas: o ordenamento jurídico brasileiro é entusiasta de tal técnica legislativa, também defendida e fundamentada por boa parte da doutrina, embora em distintos graus; enquanto no contexto europeu a mesma não encontra acolhida, seja na legislação, ou entre os doutrinadores.

Poderá ainda se questionar por que, então, da escolha pelos sistemas jurídicos brasileiro e português, e não, por exemplo, dos sistemas jurídicos argentino e espanhol, o que também estaria de acordo com as razões supra referidas. Aqui, foi determinante a experiência do autor: enquanto integrante da comunidade de falantes da língua portuguesa, a responsabilidade acadêmica de estudo da realidade que nos cerca se impõe, visto que não deve ser uma opção entregar a outros o conhecimento da nossa própria realidade, sendo preciso que sejamos os primeiros a assumir tal responsabilidade.

Porém, é preciso esclarecer, o maior foco nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa não significa que os demais ordenamentos do globo tenham sido ignorados. Como se perceberá, outros ordenamentos, representantes dos mais diferentes contextos, também foram analisados e são mencionados ao longo do texto, como por exemplo os direitos norte-americano e angolano. Todavia, a verdade é que não foram objeto do mesmo enfoque dado aos direitos brasileiro e português, tendo a sua análise sido desenvolvida de forma menos detida e mais relacionada com o exame de questões gerais, tal qual a realizada no capítulo quatro do presente escrito, onde, como referido, se pretende desenvolver um compêndio de instrumentos procedimentais e contratuais úteis para a efetivação de pretensões sustentáveis na contratação pública.

Além disso, para evitar confusões quanto ao objeto do presente escrito, é preciso ressaltar que, ao relacionar a sustentabilidade e os contratos públicos, pretende-se sobretudo analisar as compras públicas enquanto sistema. Em outras palavras: não é interesse principal deste trabalho saber o que é preciso para que um determinado procedimento de contratação em específico possa ser qualificado como sustentável; mas sim examinar questões relacionadas à integração da noção de sustentabilidade ao conjunto de regras e práticas relativas às compras governamentais enquanto um todo coerente e completo. Ou seja, questões procedimentais mais específicas não serão examinadas, sendo aspectos procedimentais analisados apenas na medida da sua utilidade para influenciar a configuração de um sistema de compras públicas que se pretenda

sustentável. Assim, não pretendemos analisar, por exemplo, as peculiaridades envoltas na integração de demandas sustentáveis nos procedimentos concessionários, embora analisemos as diferentes maneiras de efetivar a sustentabilidade na generalidade dos procedimentos de contratação. O que também não significa que estudos estritamente procedimentais tenham menor importância: o enfoque, mais uma vez, deveu-se exclusivamente às limitações decorrentes da natureza do trabalho aqui desenvolvido, o qual exige uma investigação mais bem delimitada.

Aliás, as análises aqui desenvolvidas não têm como objeto um sistema de compras públicas em específico, vinculado a uma certa ordem jurídica e, por isso, sujeito a determinadas limitações. A investigação aqui desenvolvida pretende referir-se a aspectos transversais aos mais diferentes sistemas de compras públicas, motivo pelo qual se optou por não filiar o desenvolvimento do trabalho a um sistema de compras em específico, pois isto traria limitações acerca das demandas sustentáveis a integrar, bem como aos meios de efetivação possíveis. Mais uma vez, isto diz respeito a uma estrita escolha investigativa, que não importa o demérito de investigações que se restringem ao exame da sustentabilidade em ordens jurídicas em específico, as quais, por motivo bastante óbvios, são de extrema importância.

Por fim, não é o objetivo desta investigação desenvolver uma teoria geral da contratação pública sustentável, analisando todos os problemas relacionados com a celebração de um contrato público sustentável, estejam tais problemas intimamente relacionados com a integração de demandas sustentáveis ou não. O objetivo do escrito é estritamente voltar-se sobre as questões *novas* decorrentes da integração da noção de sustentabilidade às compras públicas. Sendo ainda mais preciso: as novas questões decorrentes da integração de demandas sustentáveis, e desde que estas digam respeito a aspectos sistemáticos, e não configurem peculiaridades de determinados procedimentos de contratação, como esclarecido no parágrafo anterior. E, sendo certo que, por buscarmos tratar de questões *novas*, excluem-se do objeto da presente investigação temáticas que, apesar de relacionadas com a sustentabilidade, já são objeto da teoria geral dos contratos públicos, como é o caso da eficiência, em certa medida, tal qual se explicará mais adiante.

Esclarecidos tais aspectos, voltemo-nos unicamente sobre os problemas que motivam a presente investigação: o que é uma contratação pública que se pretende sustentável?; porquê a contratação pública deve ser sustentável?; e como promover uma contratação pública efetivamente sustentável?.

## **II. O que é contratação pública sustentável?**

Definir o que é contratação pública sustentável, como pode logo ser percebido, passa por: primeiro, identificar o que significa “contratação pública”; em seguida, esclarecer o conceito de sustentabilidade; para, ao fim, perceber que características a contratação pública precisará possuir para que possa ser qualificada pelo predicado “sustentável”, e como estas características são absorvidas pelos sistemas de contratação pública.

O primeiro destes momentos, identificar ao que pretendemos nos referir ao falar em contratação pública, já foi feito, de certa forma, quando foi delimitado o objeto de investigação, no capítulo anterior. Como dito mais acima, o verbete contratação pública pode simplesmente se referir à generalidade dos contratos celebrados pelo Estado, se nos filiarmos aos que, para identificar os contratos como públicos, apenas observam a eventual presença de um organismo estatal entre os contratantes. Porém, no caso do presente trabalho, sempre que se utilizar o termo contratação pública se estará a fazer referência apenas aos procedimentos de natureza eminentemente pública através dos quais a Administração Pública adquire serviços, obras e bens ou concessionaria serviços públicos, como enunciado no capítulo anterior. Excluindo-se contratos com outros objetos, ou celebrados por entidades adjudicantes que não configurem entes públicos.

Resta necessário, portanto, esclarecer o que significa a ideia de “sustentabilidade” para, então, ser possível identificar que características se pretende agregar a esta noção de contratação pública ao pretender qualificá-la com o predicado “sustentável”. Ressaltando-se, todavia, que não se enquadra no escopo do presente trabalho exaurir por completo a noção de sustentabilidade. Afinal, não seria possível fazê-lo tratando o tema de forma secundária, como aqui é feito. O objetivo é apenas compreender a sustentabilidade em suas linhas gerais, o suficiente para que se torne possível perceber, como dito, o que se pretende agregar à noção de contratação pública ao qualificá-la com o predicado “sustentável”.

### **1. O que é sustentabilidade?**

De início, convém esclarecer que, quando nós, juristas, falamos em contratação pública sustentável, estamos a falar em contratação pública alinhada à ideia de desenvolvimento sustentável. A legislação brasileira, por exemplo, ao prescrever um dever de sustentabilidade nas suas contratações públicas determina que as licitações deverão garantir a “promoção do *desenvolvimento nacional sustentável*”<sup>6</sup>. Da mesma forma que a Diretiva 2014/24/EU, que regula a matéria dos contratos públicos no âmbito da União Europeia, por vezes utiliza a expressão desenvolvimento sustentável ao pretender referir-se a preocupações ecológicas, como nos considerandos 91 e 95. Ou seja, no campo jurídico, o verbete “sustentabilidade” é empregado como um sinónimo de “desenvolvimento sustentável”. O que, ressalte-se, não é uma prática comum apenas aos juristas, mas sim à generalidade das ciências sociais<sup>7,8</sup>. Por isto, que o leitor não se surpreenda ao perceber, a seguir, o reiterado emprego de “desenvolvimento sustentável” como um sinónimo de sustentabilidade.

E, seguindo essa lógica, a noção de sustentabilidade que hoje permeia o debate internacional, embora possa encontrar versões embrionárias já em doutrinas religiosas antigas<sup>9</sup> ou em escritos do século XVIII sobre o uso moderado de recursos minerais e vegetais sob pena de prejudicar a economia<sup>10</sup>, tem uma origem bastante conhecida: o relatório Nosso Futuro Comum, também chamado de Relatório Brundtland<sup>11</sup>, produzido em 1987.

Neste relatório foi cunhada a primeira definição de desenvolvimento sustentável, a qual permanece sendo, ainda hoje, a mais utilizada e difundida. Nos termos do citado documento, desenvolvimento sustentável é aquele “que satisfaz as necessidades

---

<sup>6</sup> Art. 3.º, da Lei 8.666/93.

<sup>7</sup> SCHMIDT, Luísa; GUERRA, João. Sustainability: dynamics, pitfalls and transitions. In **Changing societies: legacies and challenges**. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais, 2018, vol. III, p. 28. [Consult. 14 Set. 2019] Disponível em WWW: <https://www.ics.ulisboa.pt/books/book3/full.pdf>.

<sup>8</sup> Todavia é preciso ressaltar que, para alguns, as noções de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável devem ser compreendidas como noções distintas: a sustentabilidade seria o fim que se pretende atingir mediante o desenvolvimento sustentável, o qual, portanto, seria apenas um dos meios possíveis para atingir este fim, levantando interessantes debates sobre quais os outros meios possíveis, bem como a fiabilidade do meio intitulado desenvolvimento sustentável. Neste sentido, ver: DOVERS, Stephen R.; HANDMER, John W. Uncertainty, sustainability and change. **Global environmental change**, v.2, n.º 4, 1992, pp. 262-276.

<sup>9</sup> MEBRATU, Desta. Sustainability and sustainable development: historical and conceptual review. **Environmental Impact Assessment Review**, Vol. 18, n.º 6, 1998, 493-520.

<sup>10</sup> BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2014, pp. 32-34.

<sup>11</sup> UNITED NATIONS. **Our Common Future**. New York: World Commission on Environment and Development, 1987. [Consult. 10 Fev. 2019] Disponível em WWW: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>



presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprirem suas próprias necessidades”. Como se percebe, a definição tem dois elementos fundamentais: a ideia de necessidade, que levanta importantes questionamentos sobre como deve ser interpretada, visto que já extrapolamos a capacidade de regeneração do planeta apesar de parcela considerável da sociedade global ainda não conseguir suprir necessidades extremamente básicas, como acesso à água potável; e a ideia de equidade intergeracional, que expande temporalmente a responsabilidade dos indivíduos, abarcando aqueles que sequer são nossos contemporâneos.

Bastante vaga, tal definição tem dado azo à diferentes interpretações. Por isto, se contrapõem os defensores do que se convencionou chamar de “sustentabilidade fraca” e os porta-vozes da nomeada “sustentabilidade forte”<sup>12</sup>. Para os partidários da concepção fraca de sustentabilidade, esta deve ser entendida como a preservação da capacidade produtiva, que não necessariamente estará relacionada com o respeito aos limites do ecossistema, seja enquanto fonte de insumos ou como assimilador de externalidades. Isto porque, em razão do progresso científico, o homem sempre poderá substituir recursos não renováveis escassos por outros recursos, renováveis ou abundantes, é o que dizem os adeptos de tal posição. Assim, o máximo que os ecossistemas poderão provocar são obstáculos momentâneos, que serão superados através do desenvolvimento tecnológico. Já os defensores da concepção forte de sustentabilidade pensam diferente e afirmam o caráter limitante do ecossistema, na medida em que o sistema econômico não poderia ser visto como um sistema isolado, imune às condições externas. Ou seja, os ecossistemas imporiam autênticos limites à vida humana, que, se ultrapassados, tornariam a vida de fato insustentável, independentemente do nível de progresso tecnológico.

Porém, em que pesem essas diferenças, determinados elementos são partilhados pelas mais diferentes noções de sustentabilidade, colaborando para percebermos ao menos uma certa noção mínima comum do conceito<sup>13</sup>, que é o objetivo aqui almejado. Todas as noções de sustentabilidade, por exemplo, compartilham a ideia de equidade intergeracional acima referida. Como dito, a ideia de equidade intergeracional expande a responsabilidade dos indivíduos para muito além das escalas de tempo normalmente utilizadas. A partir deste conceito, os indivíduos tornam-se responsáveis pelo uso dos

---

<sup>12</sup> VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. Ebook. São Paulo, Editora 34, 2016, pp. 57-59.

<sup>13</sup> VOS, Robert O. Perspective defining sustainability: a conceptual orientation. **Journal of chemical technology and biotechnology**, 82, 2007, pp. 334-339.

recursos não apenas diante dos seus contemporâneos, mas também perante as gerações vindouras, visto que os atuais habitantes do planeta possui-lo-iam em conjunto com as gerações futuras, usufruindo do direito de gozar dos recursos que lhe são oferecidos, mas detendo também três deveres centrais: 1) o dever de conservar, para as gerações futuras, a diversidade de opções naturais e culturais que a geração passada lhe outorgou; 2) o dever de garantir que a geração futura poderá gozar do planeta com a mesma qualidade que a atual geração pôde fazê-lo; 3) o dever de garantir aos membros da geração presente direitos equitativos de acesso aos recursos, direitos equitativos estes que devem ser conservados para as gerações futuras<sup>14</sup>.

Outro aspecto comum aos mais diversos conceitos de sustentabilidade é a percepção de que esta nunca pode ser plenamente compreendida sem a observação das interdependências entre as diferentes esferas da sociedade. A sustentabilidade nunca poderá ser explicada apenas sob a ótica ecológica, ou exclusivamente sob o viés econômico, por exemplo. É percebido que há sempre uma confluência de esferas, cada uma delas subjugada a mecânicas próprias, e que se complementam para explicar como a sustentabilidade opera no cotidiano da vida terrestre.

Nessa linha, a posição institucionalmente estabelecida hoje constata 3 dimensões: ambiental, social e econômica. O que não é uma posição consensual, ressalte-se. IGNACY SACHS<sup>15</sup>, por exemplo, vai identificar oito dimensões distintas. Inclusive, muito se fala sobre um excessivo e prejudicial reducionismo da sustentabilidade ao abordá-la sob a ótica de meras 3 dimensões<sup>16</sup>. O que, de fato, são críticas que merecem alguma atenção, afinal, a sustentabilidade é um tema extremamente complexo, do que não podemos esquecer, sendo por vezes demasiado artificial a condensação de problemas tão díspares em uma mesma dimensão. Todavia, também é necessário refletir que tais sistematizações se destinam apenas a facilitar o entendimento do tema e os debates acerca, principalmente por tratar-se de uma matéria fulcral para toda a política internacional contemporânea. Se desejamos incentivar um maior envolvimento internacional em torno do assunto, é preciso facilitar o debate de questões meramente terminológicas para centralizar esforços na discussão de ações efetivas.

---

<sup>14</sup> WEISS, Edith Brown. In *Fairness To Future Generations and Sustainable Development*. **American University Law Review**, Vol. 8, n.º 1, 1992, pp.19-26.

<sup>15</sup> O autor menciona as dimensões cultural, social, ecológica, ambiental, territorial, econômica, política nacional e política internacional. Para mais, ver: SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, pp. 85-88.

<sup>16</sup> VEIGA, José Eli da, **Para entender...**, pp. 15-16.

Enfim. Como dito, hoje comumente são reconhecidas na sustentabilidade 3 dimensões distintas, como restou institucionalmente estabelecido desde a Declaração de Joanesburgo<sup>17</sup>, emitida no contexto da Rio+10, em 2002, sendo elas as dimensões ambiental, econômica, e social.

#### **a) A dimensão ambiental**

A dimensão ambiental é, certamente, a dimensão da sustentabilidade mais conhecida pelo senso comum. Tanto que a própria noção de sustentabilidade é por vezes confundida com a sua dimensão ambiental, como se aquela se reduzisse a esta. Porém, como supra mencionado, hoje é consensualmente percebido que a sustentabilidade não pode ser exclusivamente explicada sob um único viés, sendo a questão ambiental apenas uma das dimensões que colaboram para a compreensão da ideia de sustentabilidade.

A dimensão ambiental preocupa-se fundamentalmente com a preservação da biosfera enquanto sistema de suporte da vida no planeta<sup>18</sup>. O planeta Terra é o único planeta do sistema solar onde a vida de organismos complexos é possível, e isso em decorrência do equilíbrio perfeito na combinação de uma série de fatores biológicos, químicos e físicos sem os quais a vida jamais seria possível. No entanto, este equilíbrio tem sido ameaçado pela ação humana em uma escala demasiadamente perigosa, ao ponto de o atual momento da história do globo ser referido por alguns como Antropoceno<sup>19</sup>: a pressão exercida pela atividade humana sobre a biosfera já ultrapassou escalas locais, alcançando escala planetária, de forma que a atividade humana está a tornar-se dos mais importantes atores dos ciclos biogeoquímicos do planeta. E, o que é pior, está a atuar em desfavor da própria humanidade.

Exemplo disto é a maior concentração dos gases carbono e metano na atmosfera em virtude da atividade humana. Tal fato provoca reações em cadeia que causam uma série de mudanças nos diversos ecossistemas que compõem a biosfera, colocando-os sob ameaça, como por exemplo a acidificação das águas, elevação das temperaturas médias,

---

<sup>17</sup> UNITED NATIONS. **Johannesburg Declaration on Sustainable Development**. Joanesburgo: UN Department of Economic and Social Affairs, 2002. [Consult. 11 Fev. 2020] Disponível em WWW: [https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD\\_POI\\_PD/English/POI\\_PD.htm](https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm)

<sup>18</sup> HÁK, T.; JANOUSKOVÁ, S.; BEDRICH, M. How to understand and measure environmental sustainability: indicators and targets. **Ecological indicators**, v. 17, 2012, pp. 4-13.

<sup>19</sup> VEIGA, José Eli da. A primeira utopia do Antropoceno. **Ambiente & sociedade**, v. XX, n.º 2, 2017, 233-252.

aumento do nível do mar... Não à toa a despoluição da atmosfera pode ser encarada como o grande desafio da humanidade para este século<sup>20</sup>.

Por isto, como esclarece GOODLAND<sup>21</sup>, a sustentabilidade ambiental deve ser compreendida como a necessidade de proteger as fontes de matérias primas, bem como de garantir que os sumidouros dos resíduos produzidos pela atividade humana não sejam sobrecarregados. Em resumo, a humanidade precisa aprender a viver dentro dos limites biofísicos que os ecossistemas globais suportam, sob pena de pôr em xeque a viabilidade não apenas do seu sistema econômico, mas da sua própria existência. Os níveis de consumo devem ser tais que a produção de resíduos não extrapole a capacidade assimilativa do meio ambiente. Por sua vez, o uso de matérias primas renováveis deve respeitar a capacidade de renovação dos ecossistemas, enquanto o uso de recursos não renováveis deve ocorrer em harmonia com o ritmo da sua substituição por recursos renováveis. Tais pretensões são sintetizadas pela noção de economia circular, a qual se vale dos mais diferentes instrumentos, como a elaboração de designs destinados a reduzir a produção de resíduos e o prolongamento da vida útil dos bens, para a promoção de uma economia ambientalmente sustentável<sup>22</sup>. A ideia é transformar o que hoje tem uma estrutura linear de fabrico, uso e descarte em um ciclo que, embora consciente da impossibilidade de ser absolutamente fechado, reintroduz na etapa de fabrico o que antes seria descartado, além de evitar ao máximo o descarte, principalmente o ambientalmente irresponsável.

E para auxiliar no exame do nosso sucesso, ou ausência dele, em atingir estes objetivos, há uma série de indicadores locais e globais dispostos a aferir a sustentabilidade ambiental dos diferentes grupos populacionais. Inclusive, a maior parte dos indicadores de sustentabilidade estão focados na medição de dados relativos à sustentabilidade ambiental. A título de exemplo, a “Pegada Biológica” do WWF analisa a pressão exercida sob o planeta pelo consumo de uma determinada população, calculando o tamanho da área biologicamente produtiva que seria necessária para assegurar o fornecimento de todos os bens consumidos por aquele grupo de indivíduos. Destaquem-se ainda o “Índice de Sustentabilidade Ambiental” e o “Índice de Desempenho Ambiental”, ambos organizados pelo Fórum Econômico de Davos.

---

<sup>20</sup> VEIGA, José Eli da, **Para entender...**, pp. 106-132.

<sup>21</sup> GOODLAND, Robert. The concept of environmental sustainability. **Annual review of ecology and systematics**, Vol. 26, 1995, pp. 1-24.

<sup>22</sup> MILIOS, Leonidas. Advancing to a Circular Economy: three essential ingredients for a comprehensive policy mix. **Sustainability science**, Vol. 13, n.º 3, 2018, pp. 861-878.

## b) A dimensão econômica

A preocupação central da dimensão econômica da sustentabilidade é a alocação eficiente dos fatores de produção. Ou seja, a pretensão é produzir mais com cada vez menos recursos. O que pode, à primeira vista, parecer uma ideia simples e com poucos desdobramentos. Mas isto não é, de todo, verdade.

Isto porque a ideia de eficiência pressupõe sempre a escolha de um determinado meio na pretensão de atingir o fim desejado. Por sua vez, a escolha do meio a ser adotado envolve o que a economia chama de “custos de oportunidade”, os quais nada mais são do que as próprias despesas decorrentes da escolha do meio em si somadas às potenciais vantagens a que se renunciou ao escolher o meio “x” e não o “y”<sup>23</sup>. Por exemplo, ao escolher vender sorvetes de ciriguela e não de carambola, o comerciante assumiu tanto as despesas relacionadas à compra dos insumos necessários para a produção do sorvete de ciriguela, quanto renunciou aos possíveis compradores do sorvete de carambola.

E já aqui é possível encontrar peculiaridades de uma ideia de eficiência econômica associada à sustentabilidade. Isto porque, a dimensão econômica da sustentabilidade obriga a escolha do meio a um alinhamento com a concretização da equidade intergeracional<sup>24</sup>, valor indispensável<sup>25</sup> da noção de sustentabilidade. Ou seja, para ser economicamente sustentável não é suficiente que a escolha do meio importe a geração de mais valor com menos recursos; para além de promover a eficiência, é preciso observar também se a opção por um determinado meio favorece a equidade intergeracional. A eficiência precisa estar atrelada a um determinado compromisso ético.

Um exemplo pode ajudar a compreender melhor esta relação entre sustentabilidade e custos de oportunidade. Um governante deve escolher onde fixar um determinado polo industrial, existindo duas localidades candidatas. Na primeira localidade, as despesas para a fixação do polo são de “x”, e o incremento no capital humano do Estado será de y. Por sua vez, na segunda localidade, as despesas de fixação

---

<sup>23</sup> ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. Coimbra: Almedina, 2004, Vol. I, p. 55-58.

<sup>24</sup> BAUMGÄRTNER, Stefan; QUASS, Martin F. What is Sustainability Economics? **Ecological Economics**, Vol. 69, n.º 3, 2010, pp. 445-450.

<sup>25</sup> Como dito mais acima, apesar das diferentes interpretações e formulações possíveis do conceito de sustentabilidade, a noção de equidade intergeracional é comum às mais diferentes noções de sustentabilidade, sejam elas acolhedoras da noção forte de sustentabilidade, ou propagadoras da ideia de sustentabilidade fraca.

do polo são maiores, 2x, da mesma forma que o aumento do capital humano do país, que será de 4y. Ambas as localidades garantem a mesma produtividade. Se observarmos a estrita eficiência monetária, enquanto maximização dos recursos financeiros, a escolha pela primeira localidade se impõe, pois importa a produção de um determinado volume de riqueza com o suporte de menos despesas. Todavia, a ideia de sustentabilidade econômica obriga que sejam ponderadas as vantagens não estritamente monetárias (no caso, a evolução do capital humano) com vista à produção de equidade intergeracional, as quais, nesse caso, por serem maiores na segunda localidade, tornam a opção pela segunda localidade mais sustentável economicamente.

Mais, em função da sustentabilidade estar intimamente relacionada com ideais de longo prazo, a dimensão econômica da sustentabilidade obriga a que tal exame da eficiência também seja realizado tendo em conta escalas temporais mais amplas<sup>26</sup>, e não apenas sob uma ótica imediata. Do ponto de vista do crescimento econômico, é preciso constatar verdadeiras tendências, ir para além das meras flutuações que são naturais a qualquer economia em curtos espaços de tempo<sup>27</sup>. Já em relação às despesas, é necessário que estas sejam sempre realizadas de forma fiscalmente responsável, sem comprometer em demasia o orçamento futuro e garantindo que a alocação de recursos é eficiente não apenas porque garante lucros imediatos, mas também porque representa uma contraposição positiva entre lucros e despesas mesmo a longo prazo. A título de exemplo: um determinado gasto público pode parecer uma alocação de recursos eficiente se consideradas as perdas e ganhos num espaço de 1 ano, por exemplo; mas, quando considerado um lapso temporal mais amplo, chega-se à conclusão de que as perdas crescerão em ritmo mais acelerado que os ganhos, os quais estagnarão ou crescerão pouco após esse intervalo inicial. A medida, portanto, não é sustentável economicamente.

Também não será possível compreender a sustentabilidade econômica sem referir-se aos instrumentos de *accountability*<sup>28</sup>. Isto porque a ideia de eficiência também está relacionada com a busca do grau 0 de desperdício na alocação de recursos. Nessa linha, os mecanismos de fiscalização, ao permitirem que mais pessoas possam exercer o controle sobre como as alocações de recursos são realizadas, diminuem os riscos de desperdício e, por consequência, favorecem a eficiência.

---

<sup>26</sup> ROCHA, Joaquim Freitas da. Sustentabilidade e finanças públicas responsáveis. Urgência de um direito financeiro equigeracional. In **Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Vol. I, pp. 626-629.

<sup>27</sup> ARAÚJO, Fernando, **Introdução...**, v. II, p. 1129.

<sup>28</sup> ELKINGTON, John. **Cannibals with forks**. Oxford: Capstone, 1997, p. 75.

### c) A dimensão social

Por fim, há que se destacar a dimensão social da sustentabilidade. Esta é, de certa forma, a dimensão cuja compreensão é menos consensual entre os teóricos da sustentabilidade. Há uma pluralidade de definições, que extrapola até mesmo os níveis de divergência encontrados nas demais dimensões<sup>29</sup>. Todavia, de forma bastante genérica, é possível afirmar que a dimensão social se preocupa fundamentalmente com a promoção do bem-estar social.

Inclusive, a própria concepção de uma dimensão social da sustentabilidade coincide historicamente com as mudanças em torno do conceito de desenvolvimento<sup>30</sup>, que deixou de ser interpretado como apenas relacionado ao crescimento econômico, para também incorporar questões relacionadas com o bem-estar humano. O que levou a profusão de críticas aos limites de medição dos índices focados apenas na produção econômica dos países, com a criação de diferentes índices destinados a medir aspectos qualitativos das nações. Devendo-se destacar o trabalho de AMARTYA SEN<sup>31</sup> como bastante representativo desta reviravolta.

E em razão deste foco na promoção do bem-estar, a dimensão social acaba por tratar de questões relacionadas com dois níveis distintos da sociedade: o individual e o coletivo<sup>32</sup>.

Sob o ponto de vista individual, tem bastante relevância para a dimensão social a promoção das capacidades dos indivíduos<sup>33</sup>. Em resumo, com a promoção do bem-estar social busca-se permitir que os indivíduos tenham a possibilidade de exercer todas as suas capacidades na sua plenitude. Esta é uma ideia que advém da percepção de que existem outras formas de privação para além da privação econômica. Embora, por razões óbvias, a privação econômica seja um importante fator na configuração de cenários de desigualdade, é necessário perceber que não é o único. Por vezes os indivíduos convivem com privações relacionadas ao gênero, à origem étnica, à sua saúde... As quais impedem

---

<sup>29</sup> HÁK, T.; JANOUSKOVÁ, S.; BEDRICH, M, How to understand..., pp. 5-6.

<sup>30</sup> GOLDIN, Ian. **Development – a very short introduction**. Oxford: Oxford university press, 2018, pp. 3-4 e 8-12.

<sup>31</sup> Ver, por todos: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

<sup>32</sup> LEHTONEN, Markku. The enviromental-social interface of sustainable development: capabilities, social capital, institutions. **Ecological Economics**, Vol. 49, 2004, pp. 199-214.

<sup>33</sup> SEN, Amartya, **Desenvolvimento...**, pp. 120-149.

que os indivíduos exerçam as plenitudes de suas capacidades por razões que lhe são completamente alheias. Por isto a promoção do bem-estar social não pode preocupar-se apenas com pôr fim à desigualdade econômica. Sendo a pobreza encarada como a privação dos indivíduos de suas próprias capacidades, mediante meios econômicos ou de outras naturezas, o bem-estar social deve ser percebido como uma busca permanente por garantir a liberdade dos indivíduos de exercerem suas capacidades em sua plenitude, combatendo os eventuais óbices existentes, sejam eles de que natureza forem.

Por sua vez, sob uma ótica coletiva, a dimensão social está bastante relacionada com a ideia de capital social<sup>34</sup>. Entendendo o capital social como um conjunto de instituições e normas desenvolvidas no seio de uma sociedade que são capazes de permitir a ação coletiva<sup>35</sup>, há que se perguntar sobre a capacidade deste capital social reagir a influências externas e até mesmo internas de forma a conseguir adaptar-se de maneira resiliente. Isto obriga os governos a, por exemplo, ao pensarem em políticas públicas, conjecturarem não apenas os efeitos que suas ações terão sobre os indivíduos isoladamente, foco de uma ideia de promoção das capacidades, mas também ponderar as consequências coletivas de suas políticas. Bem como obriga os governos a permanentemente analisarem a capacidade do seu capital social de adaptar-se às mudanças constatadas em uma sociedade cada vez mais globalizada, promovendo eventuais mudanças que se revelem indispensáveis.

## **2. A necessária observância das 3 dimensões para uma verdadeira sustentabilidade.**

Contudo, o que convém reiterar é que as noções de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável exigem, para uma compreensão minimamente adequada, a observação integrada destas 3 dimensões citadas. Como dito mais acima, já há um consenso de que não é possível compreender a sustentabilidade mediante apenas uma das suas dimensões. As noções de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade referem-se a um sistema complexo, que não pode ser entendido mediante o exame isolado de um dos seus componentes, tal como acontece com o cérebro, outro reconhecido sistema

---

<sup>34</sup> LEHTONEN, Markku, The enviromental-social..., pp. 199-214.

<sup>35</sup> FUKUYAMA, Francis. Social capital, civil society and development. *Third World Quarterly*, vol. 22, n.º 1, 2001, pp. 07-20.



complexo: da mesma maneira que não é possível compreender a atividade cerebral em sua plenitude analisando apenas um único neurônio, não é possível perceber a noção de desenvolvimento sustentável mediante o exame de apenas um de seus elementos<sup>36</sup>. Há uma íntima relação de interdependência entre as dimensões componentes da noção de sustentabilidade, de forma que a submissão de um determinado ato ao escrutínio de apenas uma das diferentes dimensões não é capaz de garantir que este ato será de fato sustentável, pois ele pode parecer sustentável à luz dos critérios e problemáticas de uma das dimensões, mas revelar-se insustentável quando confrontado às demais dimensões. Ou seja, não é possível qualificar uma medida como efetivamente sustentável se ela assim não o for perante todas as dimensões. Não é à toa que na generalidade das representações gráficas da sustentabilidade esta é tratada como um ponto de confluência entre a totalidade das dimensões<sup>37</sup>. A sustentabilidade somente se verifica quando o ato sob análise é efetivamente submetido a um escrutínio multidisciplinar, que incorpore a totalidade das dimensões.

Por exemplo, facilitar o consumo das camadas mais pobres da população pode, a depender dos moldes da política desenhada, parecer uma medida sustentável à luz da dimensão social. Combater determinadas privações econômicas dos setores mais desfavorecidos, garantindo que estes possam obter determinados bens e serviços antes inacessíveis e úteis para garantir um melhor exercício das suas capacidades, por exemplo, colabora para a promoção do bem-estar. Porém, se esta política não for submetida ao escrutínio das demais dimensões, pode revelar-se absolutamente insustentável. Pode ser que a facilitação do consumo desemboque em um mero consumismo imediatista agressor dos limites ecológicos do planeta, o que claramente será insustentável sob a ótica da dimensão ambiental. Assim como a facilitação do consumo, se ocorrer mediante uma facilitação excessiva do crédito acompanhada de demasiadas isenções fiscais, poderá provocar um endividamento massivo da população e comprometimento das contas públicas, de forma que tal medida não seja economicamente sustentável a longo prazo, portanto, contrária à dimensão econômica da sustentabilidade.

E o que é mais curioso neste mesmo exemplo é que o endividamento massivo da população em virtude da não submissão da política ao escrutínio dos critérios econômicos de sustentabilidade pode até mesmo colaborar para, a longo prazo, reforçar a pobreza que

---

<sup>36</sup> SACHS, Jeffrey D. **A era do desenvolvimento sustentável**. Lisboa: Actual, 2017, pp. 17-18.

<sup>37</sup> MARINOVA, Dora; TODOROV, Vladislav. Modelling sustainability. **Mathematics and computers in simulation**, Vol. 81, n.º 7, 2011, pp. 1397-1408.

se pretendia combater, aumentando as privações económicas e, consequentemente, agravando, a longo prazo, o cenário de privação dos indivíduos do exercício pleno de suas próprias capacidades. Ou seja, uma medida, que, a princípio, parecia benéfica ao menos sob a ótica da dimensão social, poderá, ao fim e ao cabo, tornar-se prejudicial até mesmo sob a ótica desta mesma dimensão social. E, embora o exemplo dado caracterize-se por uma situação extrema, que não necessariamente encontrará um correspondente exato na realidade, por exigir uma inércia continuada e excessiva dos poderes estatais, o seu valor elucidativo também ressalta para uma outra observação: ao falar da necessidade de uma observação integrada, não nos referimos apenas à necessidade de submeter um mesmo ato ao escrutínio de todas as dimensões; mas também em submeter ao escrutínio das dimensões as próprias interações decorrentes da atuação praticada<sup>38</sup>. Um sistema complexo, como aquele a que se refere o ideal normativo de desenvolvimento sustentável, caracteriza-se também por ser composto pelas interações entre os seus diferentes componentes, as quais são igualmente importantes e constituem um componente à parte, que também não poderá ser compreendido mediante o exame dos demais elementos de forma isolada. Ou seja, no caso do exemplo dado, não bastava submeter ao escrutínio das dimensões da sustentabilidade a própria proposta de facilitação do crédito, mas também as suas consequências. É aqui que surge a importância do conceito econômico de externalidade.

As externalidades são os custos ou benefícios da escolha de um agente econômico que são imputados a terceiros<sup>39</sup>. Ou seja, as externalidades compreendem justamente parte das supra referidas consequências de uma determinada atuação, que também precisam ser submetidas ao exame das diferentes dimensões da sustentabilidade. Ressalte-se que, como dito, as externalidades podem significar a imputação a terceiros de custos, caso em que se falará de externalidades negativas, ou benefícios, hipótese em que se qualificará as externalidades como positivas.

No entanto, convém ressaltar que, quando o agente econômico a que nos referimos é o Estado, as externalidades negativas devem ser internalizadas sempre que seja possível quantificá-las com alguma segurança, e devem ser consideradas enquanto custos de oportunidade, em caso de eventuais externalidades positivas. Isto porque, embora as externalidades compreendam os benefícios e prejuízos conferidos a terceiros que não o próprio agente econômico, sendo o agente econômico o Estado, os benefícios conferidos

---

<sup>38</sup> SACHS, Jeffrey D, **A era do...**, pp. 18-19.

<sup>39</sup> ARAÚJO, Fernando, **Introdução...**, v. I, p. 86, e v. II, pp. 936-943.

à população, mesmo que somente à parcela desta, em última instância podem configurar uma vantagem para o próprio Estado, por motivos óbvios. Vantagens estas que, portanto, devem ser ponderadas quando do cálculo dos custos de oportunidade. Sendo tal lógica a mesma que pugna pela internalização das externalidades negativas: afinal, os prejuízos causados à população também podem configurar, em última instância, prejuízos causados ao próprio Estado. Porém, este é um assunto que será objeto de análise mais aprofundada adiante, quando analisadas as noções de contratação pública economicamente sustentável, e também quando examinados os fundamentos econômicos da contratação pública sustentável.

### **3. A contratação pública sustentável como além de uma contratação pública ecológica ou social**

Portanto, exigindo a sustentabilidade o escrutínio de todas as dimensões que a compõem, não nos parece correto o que é feito por certa doutrina, que identifica a contratação pública sustentável como aquela comprometida com apenas parte das dimensões que compõem a noção da sustentabilidade, tal quando se afirma que a contratação pública sustentável é aquela comprometida com o uso ambientalmente responsável dos recursos<sup>40</sup>. Tampouco parecendo adequado aqueles que, embora reconheçam a totalidade das dimensões contempladas pela noção de desenvolvimento sustentável, argumentam que a contratação pública sustentável é aquela comprometida *sobretudo* com apenas parte destas<sup>41</sup>, como se houvesse diferentes níveis de relevância entre as dimensões. Se a sustentabilidade exige o escrutínio da totalidade das dimensões, que possuem idêntica relevância, como visto acima, não é possível qualificar como sustentável algo que não esteja sujeito ao escrutínio de todas estas mesmas dimensões, a serem igualmente ponderadas.

É inegável que, por vezes, ao examinarmos as práticas de compras dos órgãos públicos constataremos certos “desníveis”, como uma maior previsão legal, ou uso mais recorrente, de estratégias relacionadas com determinadas dimensões em específico, ao passo que outras dimensões da sustentabilidade vão ser menos concretizadas no texto

---

<sup>40</sup> SILVA, Jorge Andrade da. **Código dos contratos públicos – anotado e comentado**. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 52-53.

<sup>41</sup> BITTENCOURT, Sidney. **Licitações Sustentáveis: o uso do poder de compra do estado fomentando o desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014, p. 8.

legal, ou, apesar de concretizadas, são menos utilizadas nos procedimentos de compras<sup>42</sup>. Mas isto não altera o facto de que a noção de sustentabilidade traduz um sistema complexo, que necessariamente exige a ponderação da totalidade das dimensões para ser adequadamente compreendido. Mais, o conceito doutrinário de contratação pública sustentável deve ser encarado como um conceito normativo, não empírico, com o fim de fornecer uma baliza para eventuais reformas dos sistemas de compras públicas. Portanto, não haverá que ter seu conteúdo absolutamente moldado de acordo com a realidade, antes deverá ser utilizado como um norte capaz de guiar eventuais reformas nos sistemas de contratação pública. É verdade que doutrina tem uma função de interpretar e fornecer uma compreensão sistemática dos diferentes sistemas legais, a qual, como é óbvio acaba por estar bastante vinculada aos textos normativos. Mas a doutrina também tem a importante função de colaborar para uma análise reflexiva do ordenamento, exercendo um papel criativo nas diferentes ordens jurídicas, papel que, portanto, não poderá ser exercido mediante uma submissão acrítica aos textos legais e posicionamentos jurisprudenciais<sup>43</sup>.

Assim, o conceito de contratação pública sustentável deve referir-se, impreterivelmente, à totalidade dos domínios da sustentabilidade (ambiental, económico e social). Como inclusive é argumentado pela maior parte da doutrina, ressalte-se<sup>44</sup>. Pelo que definimos um sistema de contratação pública sustentável como: o sistema de contratação pública onde o poder de compra estatal é usado para adquirir bens, obras e serviços ou concessionar serviços públicos de acordo com critérios não apenas económicos, mas também sociais e ecológicos e com o fim de obter benefícios em quaisquer destes domínios, seja na própria execução do contrato, seja externamente à mesma.

Esta pretensão de um sistema de compras públicas sustentável tem íntima relação com o reconhecimento de que o volume e importância das compras públicas nas economias em torno do globo é hoje tão grande, que o mero exercício pelos Estados do

---

<sup>42</sup> BRAMMER, Stephen; WALKER, Helen. Sustainable procurement in the public sector: an international comparative study. *International journal of operations & production management*, vol. 31, n.º 4, 2011, pp. 452-476.

<sup>43</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, vol. 891, 2010, pp. 65-106.

<sup>44</sup> Ver, por exemplo: ESTORNINHO, Maria João. **Curso de direito dos contratos públicos – para uma contratação pública sustentável**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 418; GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. **Licitação pública – a lei geral de licitações e o regime diferenciado de contratações**. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 103-106; SJÅFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja. Why should public procurement be about sustainability?. In **Sustainable public procurement under EU Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 3-4.

seu poder de compra é capaz de, por si só, possuir repercussões dignas de nota. Na União Europeia, por exemplo, estima-se que os valores gastos em compras públicas representem 19% do produto interno bruto (PIB) do bloco econômico, compreendendo o montante de 2,4 trilhões de euros<sup>45</sup>. O que, ressalte-se, não é um cenário exclusivo das economias desenvolvidas. No Brasil, por exemplo, país em desenvolvimento, as compras públicas, em 2017, corresponderam a mais de 15% do PIB<sup>46</sup>, ou seja, superando a marca dos 990 bilhões de reais<sup>47</sup>. E este caráter global da importância das compras públicas fica ainda mais evidente quando conhecemos as estatísticas da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), cujos membros gastam, em média, 11,8% do seu PIB na contratação pública, existindo países membros que gastam muito mais do que esse percentual, como os Países Baixos, que se aproximam dos 20% do PIB gastos em procedimentos públicos de compras<sup>48</sup>.

E esse alto volume das compras públicas, em primeiro lugar, acaba por ser um indício de que as operações econômicas envolvidas na celebração de contratos públicos representam uma importante fatia dos mercados que o próprio Estado visa regular, não podendo o mesmo ignorar a vocação do contrato como um meio de regulação complementar. Definindo políticas de compras minimamente uniformes, o Estado pode reforçar determinadas políticas regulatórias, sendo capaz de gerar benefícios já perseguidos por elas, através da simples execução dos contratos públicos. Ainda no início do presente século, por exemplo, estimou-se que, apenas com a compra de computadores mais eficientes energicamente pelos estados membros da União Europeia, se obteria uma redução na emissão de CO<sub>2</sub> em quantidade equivalente às emissões de 101.503 pessoas<sup>49</sup>. Ou seja, mediante a simples execução dos contratos celebrados, o Estado colaboraria na persecução de um objetivo ecológico que já é objeto de outras legislações e instituições regulatórias. O contrato celebrado pela Administração Pública surge, assim, como um

---

<sup>45</sup> EUROPEAN UNION. **International public procurement: from scant facts to hard data**. Genebra: European Commission, 2019, p. 2. [Consult. 14 Dez. 2019] Disponível em WWW: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/april/tradoc\\_153347.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/april/tradoc_153347.pdf).

<sup>46</sup> OCDE. **Government at a glance 2019**. Paris: OCDE Publishing, 2019, p. 135. [Consult. 14 Dez. 2019] Disponível em WWW: [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2019\\_8ccf5c38-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2019_8ccf5c38-en).

<sup>47</sup> De acordo com o PIB divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para o ano de 2017, que foi, aproximadamente, R\$ 6,6 trilhões de reais.

<sup>48</sup> OCDE, **Government...**, p. 135.

<sup>49</sup> ICLEI. **Eco-procurement – the path to a greener marketplace**. Freiburg: ICLEI, 2003, p. 3. [Consult. 14 Dez. 2019] Disponível em WWW: <https://iclei-europe.org/projects/?c=search&uid=6Alo1Zuw>

instrumento de “*soft power*”, o qual, em que pese as suas limitações, não pode ser ignorado como um meio de regulação complementar<sup>50</sup>.

Porém, há ainda mais repercussões positivas desta relevância comercial das compras públicas. Dado esta compra de grandes volumes, e muitas vezes de produtos relativamente padronizados, sem especificidades técnicas muito diferenciadoras, os entes públicos são inquestionavelmente compradores fortes, dotados de um alto poder de barganha, capaz de influenciar o comportamento de outros agentes econômicos, mesmo fora da relação contratual, como por exemplo, induzindo a modificarem os bens e serviços que fornecem<sup>51</sup>. Em outras palavras, dado o alto volume de recursos envolvidos nas compras públicas, os entes públicos acabam por configurar um mercado consumidor inegavelmente atraente, ao ponto de persuadir os agentes privados a moldarem os bens e serviços que já fornecem, com vista a conseguir acessar este volumoso mercado consumidor. Em virtude disto é que falamos em benefícios externos à própria execução do contrato: utilizando do exemplo citado anteriormente, ainda que um determinado agente econômico não tenha celebrado contrato com a Administração por não fornecer computadores com o grau de eficiência energética exigido, a demanda da Administração Pública por este produto poderá incentivar o agente privado a oferecê-lo, dado o seu desejo de passar a contar com o Estado entre os seus compradores. O que, como melhor analisado pouco mais abaixo, tem repercussões louváveis.

Por estes motivos muitos autores falam em função regulatória da contratação pública<sup>52</sup>, em contratação pública estratégica<sup>53</sup>, ou ainda interpretam a contratação pública como uma política pública<sup>54</sup>. No cerne de todas estas denominações está o amplo reconhecimento de que as compras públicas são hoje uma ferramenta regulatória, capaz de influenciar o comportamento de agentes privados em benefício de fins coletivos que ultrapassam a própria realização da compra<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> BECKERS, Anna. Using Contracts to further sustainability? A contract law perspective on sustainable public procurement. In **Sustainable public procurement under EU Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 206-229.

<sup>51</sup> PORTER, Michael E. **Estratégia Competitiva: técnicas para análise de indústrias e da concorrência**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 26-28.

<sup>52</sup> FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 9, n.º 37, 2009, pp. 133-142.

<sup>53</sup> CARVALHO, Raquel. **Direito da contratação pública**. Porto: Universidade Católica Editora, 2019, pp. 50-60.

<sup>54</sup> MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Araña. La contratación del sector público como política pública. In **Contratación pública estratégica**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 31-44.

<sup>55</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos contratos públicos**. Coimbra: Almedina, 2018, vol. I, pp. 337-346.

Mas o aproveitamento completo deste potencial regulatório só é possível se houver uma submissão do procedimento de compras não apenas a critérios financeiros que visem obter estritamente o menor preço. Para tanto é necessário que o procedimento considere critérios sociais, econômicos e ambientais, que serão justamente o meio através do qual tais fins coletivos adentrarão na dinâmica da contratação. É neste sentido que, como afirma JOÃO ESTORNINHO<sup>56</sup>, as legislações sobre contratação pública disciplinam cada vez mais o que comprar, para além do como comprar: isto porque o momento procedimental mais propício para integrar tais preocupações regulatórias são os momentos procedimentais relacionados à definição do objeto contratual, como por exemplo, o momento de definição das especificações técnicas<sup>57</sup>. Mas os meios de efetivar demandas sustentáveis durante o procedimento de contratação, ou execução do contrato serão tratados mais à frente de forma mais pormenorizada.

Portanto, já está inicialmente delimitado o conjunto de características que um sistema de contratação pública deverá possuir para que possa ser qualificado com o predicado sustentável: deverá ponderar critérios econômicos, ambientais e sociais, não apenas parte ou um destes; com o fim de obter benefícios nestes mesmos domínios, os quais vão além da mera realização da compra e poderão ser obtidos seja através da mera execução do contrato, seja externamente à mesma. Características estas que, como é óbvio devem somar-se – não substituir – às características já estabilizadas nos sistemas de compras públicas tradicionais, como a promoção da concorrência e da transparência, por exemplo<sup>58</sup>. A sustentabilidade advém como a inclusão de novas finalidades às finalidades já anteriormente perseguidas pelos sistemas de compras, não como uma obliteração das antigas finalidades.

Há, no entanto, que se examinar de forma mais detida como ocorre a inclusão de tais temáticas econômicas, ambientais e sociais na contratação pública. O que será realizado ao longo do presente trabalho, mas em dois momentos distintos: a seguir, cuidaremos de introduzir *quais* problemáticas emergem no seio da contratação pública em decorrência deste novo viés regulatório das compras públicas; por sua vez, mais a

---

<sup>56</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Curso de direito dos contratos...**, p. 420.

<sup>57</sup> GOMES, Cerqueira Pedro. Políticas estratégicas na nova Diretiva 2014/24/EU – objetivos sociais e ambientais. **Revista de Contratos Públicos**, n.º 11, 2016, pp. 97-98.

<sup>58</sup> Para uma boa introdução às características já estáveis nos sistemas de compras públicas contemporâneos ver: SCHOONER, Steven L. Desiderata: objectives for a system of government contract law. **Public Procurement Law Review**, Vol. 11, n. 2, 2002, pp. 103-110. CLARK, Jessica L.; GORDON, Daniel I.; SCHOONER, Steven L. Public procurement systems: unpacking stakeholder aspirations and expectations. **GW Law Faculty Publications & Other Works**, n. 111, pp. 2-25.

frente, no último capítulo, é examinado *como* tais problemáticas são efetivamente incluídas nos procedimentos de contratação, ou na execução do contrato, enumerando e analisando diferentes instrumentos jurídicos utilizados para tanto.

Ressalvando-se, contudo, que tal exame se desenvolve sob uma ótica de potencialidades. Todo sistema de contratação pública é extremamente contextual, de forma que não pode ser apartado da sua localização histórica e geográfica<sup>59</sup>. Isto posto, a seguinte enunciação de problemáticas não importa a defesa de que um sistema de contratação pública que se pretenda sustentável deverá abordar absolutamente todas as problemáticas a seguir enunciadas. Importa apenas uma enunciação das principais problemáticas possíveis de emergir no seio de um sistema de compras públicas que se deseja sustentável, mas cuja efetiva emersão dependerá inquestionavelmente do contexto daquele determinado sistema de compras públicas. Exemplificando tal observação: para alguns países, como se verá, o debate da sustentabilidade na contratação pública levanta a questão do favorecimento dos agentes econômicos nacionais, com vista ao desenvolvimento econômico; o que não vai ocorrer nos países integrantes da União Europeia, dada a proibição de barreiras nacionais deste tipo, sob pena de prejuízo para o mercado único europeu e, em última instância, para a sustentabilidade econômica dos seus próprios membros.

#### **a) Contratação pública ambientalmente sustentável**

Sendo certo que, como visto anteriormente, a dimensão ambiental da sustentabilidade está relacionada com a preservação da biosfera, a integração de tal preocupação ambiental nos sistemas de contratação pública pode ocorrer através de 3 formas distintas: incentivando a produção de novos produtos, serviços e técnicas de produção alinhados às preocupações ambientais; garantindo um consumo de recursos sustentável por parte da própria Administração Pública; ou influenciando agentes econômicos privados a atuarem de acordo com políticas ambientalmente sustentáveis<sup>60</sup>.

Devido ao grande volume de bens, serviços e obras que contratam, os entes públicos podem direcionar o seu poder de compra para incentivar as indústrias verdes,

---

<sup>59</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. **A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público**. Lisboa: AAFDL Editora, 2013, pp. 480-485.

<sup>60</sup> PERNAS GARCÍA, J. José. **Contratación pública verde**. Madrid: La Ley, 2011, p. 28.



com o fim de promover o desenvolvimento deste novo setor econômico<sup>61</sup>. Os últimos anos têm testemunhado o crescimento exponencial de setores da economia diretamente relacionados com a preservação ambiental<sup>62</sup>, como por exemplo as atividades comerciais relacionadas à produção e armazenamento de energia renovável ou a indústria da reciclagem. No entanto, tal “economia verde” por vezes sofre com o fato de possuir uma baixa demanda em relação aos seus concorrentes diretos, o que acaba por provocar diversos entraves econômicos ao seu desenvolvimento, como por exemplo a baixa competitividade em termos de preço ou a baixa disponibilidade de recursos para pesquisa e desenvolvimento de novos produtos. Porém, dado o seu alto volume de compras, o poder público poderia representar um incremento na demanda destes serviços capaz de ampliar a sua competitividade, fornecendo economias de escala, aumentando sua lucratividade ou diminuindo o risco para investimentos, por exemplo<sup>63</sup>. O que tanto pode ocorrer mediante uma aquisição direta de tais serviços ou produtos verdes, como também através de uma aquisição indireta. Imaginemos, por exemplo, que a Administração pretende contratar um serviço de armazenagem de dados através de servidores. Ela então exige que a energia utilizada durante a prestação do serviço seja fornecida por fontes de energia renovável. Isto aumenta a demanda por energia renovável, incentivando este setor econômico, mesmo o objeto do contrato não sendo a contratação de energia em si.

O que não significa que este tipo de incentivo possua apenas benefícios. Inclusive, onde ele se faz mais necessário, no desenvolvimento de produtos ecológicos inovadores, é justamente onde se revela mais problemático. Isto porque, justamente por se tratar de produtos e serviços novos, os quais muitas vezes sequer possuem um mercado consumidor, a demanda dos entes públicos acaba por ser de enorme auxílio no seu desenvolvimento e difusão. Todavia, para além do risco natural suportado pelos entes públicos na aquisição de produtos e técnicas novas, visto que elas poderão não suprir adequadamente as necessidades da Administração, trata-se de intervenção econômica no mercado extremamente complexa, que exige um alto nível de colaboração permanente

---

<sup>61</sup> CARVALHO, Raquel. Contratação pública e ecoinovação. In **Estudos em homenagem a Rui Machete**. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 881-904.

<sup>62</sup> UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Green Economy and Trade – Trends, Challenges and Opportunities**. Nairobi: UNEP, 2013, pp. 18-23. [Consult. 27 Jan 2020] Disponível em WWW: <http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/8165>.

<sup>63</sup> BIDERMAN, Rachel; *et al.* (org.). **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: ICLEI e GVCes, 2008, pp. 24-27. [Consult. 18 Dez. 2019] Disponível em WWW: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/15417>.

entre a Administração Pública e o mercado, sob pena de ampliar as falhas de mercado que se pretendia corrigir, ou até mesmo provocar novas falhas<sup>64</sup>.

Como referido, a segunda forma de integrar a sustentabilidade ambiental à contratação pública é através da promoção de um consumo sustentável por parte da própria Administração, com o fim de atenuar a participação dos entes públicos na degradação dos ecossistemas. Sendo o Estado um importante agente econômico, a sua atuação tem repercussões ambientais de grande monta, de forma que introduzir a preocupação com um consumo sustentável<sup>65</sup> no uso de recursos por parte dos entes administrativos tem consequências relevantes. A título de exemplo, já foi inclusive anteriormente mencionada a considerável redução na emissão de CO<sub>2</sub> que seria propiciada meramente através da compra de computadores eficientes energeticamente.

Para concretizar tal consumo sustentável, então, torna-se importante analisar todo o ciclo de vida<sup>66</sup> do produto a ser adquirido, identificando o ônus ambiental do produto em todas as suas fases de vida, desde a sua produção até a sua extinção. Assim, munida de tais dados, a Administração conseguirá ponderar a repercussão ambiental daquilo que consome, com o fim de garantir que o seu consumo ocorra da forma menos prejudicial possível para o meio ambiente. A ponderação do ciclo de vida, inclusive, é um dos instrumentos úteis na submissão dos contratos governamentais a uma lógica circular, como já vem sendo recomendado no mercado único europeu<sup>67</sup>: para um consumo sustentável, é extremamente útil diminuir os resíduos produzidos pela Administração, das mais diferentes formas, como, por exemplo, mediante a contratação de produtos cujo design favorece o reaproveitamento e o prolongamento da sua vida útil, bem como a preocupação com a gestão dos resíduos eventualmente produzidos durante a execução do contrato<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> BRENTON, James; DAWAR, Kamala; KUNTZE, Jan-Cristoph. Issues and tensions in public procurement of “green innovation”: a cross-country study. **CTEI Working Paper Series**, 2011, pp. 9-13.

<sup>65</sup> Para uma introdução ao conceito de consumo sustentável, ver: GOMES, Carla Amado. Consumo Sustentável: ter ou ser, eis a questão... In **Textos Dispersos de Direito do Ambiente**. Lisboa: AAFDL Editora, 2014, Vol. 4, pp. 279-310.

<sup>66</sup> Sobre a noção de ciclo de vida, tendo por base a legislação europeia, ver: AZEVEDO, Pedro Santos. Apontamentos sobre os custos do ciclo de vida no novo Código dos Contratos Públicos. **Revista de contratos públicos**, n.º 18, 2018, pp. 79-82.

<sup>67</sup> EUROPEAN UNION. **Public procurement for a circular economy – good practice and guidance**. Genebra: European Commission, 2017. [Consult. 06 Jul. 2020] Disponível em WWW: [https://ec.europa.eu/environment/gpp/pubs\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/pubs_en.htm).

<sup>68</sup> ALHOLA, Katriina, et al. Exploiting the potential of public procurement: Opportunities for circular economy. **Journal of Industrial Ecology**, Vol. 23, n.º 1, 2019, pp.96-109.

Como será visto mais adiante, quando tratarmos das formas *como* a sustentabilidade pode ser efetivada através dos sistemas de compras públicas, verificaremos que a análise do ciclo de vida dos produtos adquiridos pode servir aos contratos públicos de duas formas distintas e, de certa forma, complementares: para a internalização das externalidades ambientais, ponderando-as na composição do preço<sup>69</sup>; ou quando da submissão das propostas apresentadas ao longo do procedimento de contratação a um exame de vantajosidade que pondera também critérios ambientais enquanto critérios qualitativos, para além do preço<sup>70</sup>. O que não é de todo simples e, conforme se verá, levanta uma série de questões que aumentam a complexidade do procedimento de contratação, exigindo alta capacitação dos recursos humanos dos entes contratantes.

Por fim, os entes públicos podem valer-se do seu poder de barganha com o fim de influenciar os agentes econômicos privados a internalizarem preocupações ambientais. Como mais acima referido, a aquisição de produtos pelos entes públicos é marcada por características que permitem afirmar a posse de um forte poder de barganha por parte da Administração, como o alto volume de compras, muitas delas relativas a produtos pouco diferenciados. De forma que, ao exigir determinados padrões ecológicos, é mais provável que os agentes privados prefiram atendê-los a eximir-se de competir por esta fatia do mercado, o que culmina numa internalização, pelos agentes econômicos privados de determinadas demandas ambientais.

Neste aspecto, é muitas vezes urgente a internalização de padrões ecológicos por empresas de menor porte: por vezes, as empresas de menor porte possuem uma pegada ecológica proporcionalmente maior em relação aos grandes agentes econômicos<sup>71</sup>. Pelo que incluir as empresas de menor porte nos procedimentos de compras é não só uma demanda de viés econômico, como é normalmente conhecida – e sobre o quê falaremos mais abaixo –, mas também uma demanda de viés ambiental.

Tal internalização, por sua vez, pode ser feita de diferentes maneiras, mais ou menos intrusivas na gestão das empresas. Pode a Administração, por exemplo, tornar critério eliminatório num procedimento de contratação anteriores penalizações

---

<sup>69</sup> ALMEIDA, Teresa. A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista ambiental: internalização de externalidades ambientais pelos critérios de adjudicação. **Boletim de ciências econômicas**, Vol. LVII, n. 1, 2014, pp 147-194.

<sup>70</sup> ALMEIDA, Teresa. A relação qualidade ambiental-preço (ou custo) enquanto critério de adjudicação nos contratos públicos. **Boletim de ciências econômicas**, Vol. LVIII, 2015, pp 279-334.

<sup>71</sup> SCHOENMAEKERS, Sarah. The role of SMEs in promoting sustainable procurement. In **Sustainable public procurement under EU Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 166-167.

decorrentes de violação da legislação ambiental<sup>72</sup>. Assim, o sistema de compras públicas acaba por funcionar como um *enforcement* das políticas ambientais já desenvolvidas pelo Estado. Ou podem os entes públicos exigirem que, para contratar com a Administração, os agentes privados atendam a determinados parâmetros ecológicos mínimos no desempenho regular das suas atividades, os quais não são objeto de previsão legal, como, por exemplo, exigir não apenas que o determinado produto adquirido seja eficiente energeticamente, como também que tenha sido produzido mediante o uso de energia limpa<sup>73</sup>. Mais à frente, estes diferentes instrumentos serão analisados.

Porém, independente da técnica legislativa adotada, a verdade é que a internalização de preocupações ambientais pelos agentes privados, quando é obtida, tem um bom resultado. Isto porque tal internalização acaba por provocar uma reação em cadeia<sup>74</sup>, de forma que mesmo agentes privados que não possuem qualquer relação com a Administração também passam a ser pressionados para atuar de forma mais ecológica: a necessidade de atender a parâmetros ecológicos faz com que os privados que contrataram com a Administração pressionem os seus fornecedores, com o fim de garantir que os serviços que lhe são prestados, bem como os bens que são adquiridos irão colaborar na obtenção dos níveis de sustentabilidade ambiental exigidos pelos entes públicos; fornecedores estes que vão acabar por pressionar seus próprios fornecedores, e assim sucessivamente.

## **b) Contratação pública economicamente sustentável**

A sustentabilidade econômica tem relação, em primeira análise, com a promoção da eficiência nos procedimentos de compras. O que não é algo estritamente novo, muito pelo contrário. A promoção da eficiência é um objetivo já há muito consolidado nos procedimentos de compras públicas<sup>75</sup>, reconhecido de forma ampla bem antes dos recentes desenvolvimentos em torno da ideia de sustentabilidade.

---

<sup>72</sup> CALDEIRA, Marco; GOMES, Carla Amado. Contratação pública “verde”: uma evolução pública (eco)lógica. In **Comentários à revisão do código dos contratos públicos**. Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 764-766.

<sup>73</sup> KUNZLIK, Peter. The procurement of ‘green energy’. In **Social And Environmental Policies In Ec Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 402-406.

<sup>74</sup> ADEODATO, Sérgio; *et al.* **Compra sustentável: a força do consumo público e empresarial para uma economia verde e inclusiva**. São Paulo: FGV GPC, 2012, pp. 70-99.

<sup>75</sup> Por exemplo, já na antiguidade clássica, apesar de ainda não existir um conjunto de regras procedimentais consolidado, ou a ideia de eficiência hoje utilizada, já existia certa preocupação com a obtenção de preços

Por isto, o presente escrito não irá tratar dos tradicionais meios de promoção da eficiência nos procedimentos de compras<sup>76</sup>, como o combate à corrupção ou ao conluio entre concorrentes, por exemplo. Estas práticas apenas serão eventualmente abordadas enquanto necessárias para a compreensão de aspectos estritamente relacionados com as novas demandas trazidas aos procedimentos de contratação pela noção de sustentabilidade. Por exemplo: no caso da centralização, esta é bastante útil para uniformizar políticas de compras e fornecer ainda mais impacto às compras públicas, como adiante se verá. Em virtude de o presente trabalho ter o objetivo circunscrito de identificar as *novas* características e procedimentos a adotar em função da integração de demandas sustentáveis nos procedimentos de contratação pública, *indo além das boas práticas já comumente recomendadas*, não nos parece adequado divagar para explicar estas últimas. Afinal, retirar-se-ia o foco do aspecto principal do escrito.

Assim, se abordarão aqui apenas as novas questões que a noção de sustentabilidade agrega à promoção da eficiência na alocação de recursos, como visto mais acima: a necessidade de que a análise da eficiência ocorra à longo prazo; além de que tenha em consideração a promoção da equidade intergeracional.

Útil na sujeição dos procedimentos de contratação a uma eficiência calculada a longo prazo é a ideia de custos indiretos<sup>77</sup>. Tal noção refere-se aos custos financeiros gerados ao longo de todo o ciclo de vida do produto ou serviço e que extrapolam o preço de aquisição. Assim, a noção de custos indiretos permite à Administração ponderar não apenas o custo imediato, o preço de aquisição, mas sim a totalidade do impacto financeiro que será gerado através da aquisição, somando ao preço de aquisição custos referentes ao gozo do objeto, como os de manutenção e desfazimento do bem ou resíduos. Desta forma, ao comprar impressoras, poderá o ente adjudicante conhecer e ponderar, para além do custo de aquisição do produto, o valor que precisará dispensar com as substituições de toner, por exemplo, durante toda a vida útil do bem. Tal tipo de análise é crucial para garantir a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa economicamente. Afinal, a

---

favoráveis, num cuidado com o uso de fundos públicos bastante semelhante ao que hoje entendemos como defesa da eficiência. Neste sentido, ver: RAIMUNDO, Miguel Assis, **A formação dos contratos...**, pp. 217-234.

<sup>76</sup> Para uma boa introdução ao tema: TREPTE, Peter. **Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation**. Oxford: Oxford Scholarship, 2004, pp. 63-132. Para uma abordagem menos analítica e mais propositiva da problemática: ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. **The law and economics of framework agreements: designing flexible solutions for public procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

<sup>77</sup> DIOS, Laureano Canabarro; ZYMLER, Benjamin. **Regime diferenciado de contratação – RDC**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 46.

compra do produto mais barato, na verdade, pode se revelar mais cara se somarmos ao preço de aquisição os gastos que serão assumidos pelo ente contratante durante toda a vida útil do produto.

Por sua vez, para a promoção da equidade intergeracional torna-se importante tratar das externalidades econômicas dos procedimentos de compras, as quais não são poucas – não à toa os procedimentos de compras são comumente percebidos como um autêntico instrumento de política econômica<sup>78</sup>. Como explicado anteriormente, a equidade intergeracional compreende não apenas a conservação de boas condições de vida para as gerações futuras, mas também a promoção da equidade na geração presente. E as externalidades econômicas dos sistemas de compras públicas podem guardar relações estritas com a privação econômica, óbvio inimigo da promoção da equidade, podendo tanto colaborar para a sua redução, quanto para a sua ampliação.

Nessa linha, pode-se falar da oferta de vantagens para pequenas empresas, as quais podem ser dos mais diferentes tipos, como reservas de contratos ou favorecimento das empresas de menor porte em caso de empates ou mesmo de propostas ligeiramente superiores<sup>79</sup>. Por trás de tal lógica está a ideia de que as empresas menores não disporiam de igualdade de condições para competir com as grandes empresas, sendo importante preservar as pequenas empresas pelo seu relevante<sup>80</sup> papel socio-econômico<sup>81</sup>. Muitos críticos afirmam que esta é uma política inadequada, por supostamente incentivar as pequenas empresas a não crescerem, pois assim perderiam as vantagens; além de provocar altos custos, pelo aumento do valor de aquisição pago pelos entes públicos, entre outros motivos<sup>82</sup>. Todavia, a verdade é que o tratamento diferenciado para as pequenas empresas é quase que um consenso nos sistemas de compras públicas ao redor do globo, possuindo acolhida em diversos ordenamentos, embora em diferentes proporções.

---

<sup>78</sup> RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2013.

<sup>79</sup> A legislação brasileira tem um vasto rol de benefícios para as empresas de menor porte, sendo bastante exemplificativa da variedade de maneiras pelas quais se pode conferir vantagens a tais agentes econômicos. Neste sentido, ver: MARRARA, Thiago; RECCHIA, Paulo Victor. Microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) em licitações: comentários aos meios discriminatórios da LC 123 e suas modificações recentes. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, Vol. 01, n.º 1, 2017, pp. 118-139.

<sup>80</sup> A Organização Internacional do Trabalho estima que 70% dos empregos do globo são gerados por empresas de menor porte: INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Small Matters: Global evidence on the contribution to employment by the self-employed, micro-enterprises and SMEs**. Genebra: ILO, 2019. [Consult 04 Fev 2019] Disponível em WWW: [https://embargo.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_723282/lang--en/index.htm](https://embargo.ilo.org/global/publications/books/WCMS_723282/lang--en/index.htm).

<sup>81</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann, **Licitação pública...**, p. 399-400.

<sup>82</sup> SAKALLARIS, Andrew George. Questioning the sacred cow: reexamining the justifications for small business set asides. **Public Contract Law Journal**, vol. 36, n.º 4, 2007, pp. 685-700.

Outra preocupação frequente nos diferentes sistemas de compras públicas, principalmente nos países em desenvolvimento, é a defesa e/ou indução de uma indústria nacional. Há um certo receio dos países de que a aquisição de produtos e serviços acabe por constituir uma mera importação, sem uma produção interna, em prejuízo do desenvolvimento econômico nacional, que normalmente baseia-se numa ideia de substituição das importações<sup>83</sup>, além de se reconhecer a capacidade dos contratos públicos de servirem como indutores de uma indústria nacional ainda incipiente ou pouco competitiva<sup>84</sup>. Preocupação que acaba sendo mais frequente nos países em desenvolvimento, em decorrência da menor competitividade das suas indústrias quando comparadas com as dos países desenvolvidos, embora não seja privativa destes: não é incomum que os EUA, por exemplo, fixem restrições para produtores nacionais em procedimentos de contratação pública em matéria de defesa. Por sua vez, são diversos os instrumentos úteis para esta defesa da indústria nacional: desde o uso estratégico do poder de compra estatal para induzir setores econômicos com potencial de crescimento<sup>85</sup>, até a exigência de contrapartidas das empresas estrangeiras para contratarem com entes públicos<sup>86</sup>, entre outras, como melhor adiante se verá.

Porém, o poder de barganha da Administração não possui apenas uma face benéfica. Há que se atentar também para possíveis externalidades negativas economicamente, principalmente quando a Administração possui um poder de barganha excessivamente alto, que possa configurar um monopólio ou oligopólio<sup>87</sup>. Nestes casos, para além do risco de configuração dos naturais prejuízos decorrentes da configuração de tal falha de mercado<sup>88</sup>, há o fato de que as compras públicas podem deixar de se configurar como uma propulsora de benefícios econômicos em prol da promoção da equidade mediante produção de riqueza, e passar a tornar-se um vilão econômico, afinal, um mercado excessivamente dependente das compras estatais está

---

<sup>83</sup> ARNOLD, Ulli; BESSAM, Houssam-Eddine; GADOW, Rainer. Industrialization Strategy Based on Import Substitution Trade Policy. In **Designing public procurement policy in developing countries**. New York: Springer, 2012, pp. 53-90.

<sup>84</sup> TAYLOR, Travis K.; YÜLEK, Murat A. (Coord.). **Designing public procurement policy in developing countries**. New York: Springer, 2012.

<sup>85</sup> KATTEL, Rainer; LEMBER, Veiko. Public procurement as an industrial policy tool an option for developing countries?. **Journal of public procurement**, vol. 10, n.º 3, pp. 368-404.

<sup>86</sup> TAYLOR, Travis K. Countertrade offsets in international procurement: theory and evidence. In **Designing public procurement policy in developing countries**. New York: Springer, 2012, pp. 15-34.

<sup>87</sup> Para a análise de tais conceitos: VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. **Economia – micro e macro**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 170.

<sup>88</sup> LANDE, Robert H. Beware Buyer Power. **Legal times**, vol. 27, n.º 28, 2008, pp. 1-4.

demasiado vulnerável a crises, o que exige atenção redobrada à atuação estatal, inclusive mediante eventual aplicação do direito da concorrência<sup>89</sup>.

### c) Contratação pública socialmente sustentável

Como *supra* mencionado, a dimensão social da sustentabilidade compreende, sob uma ótica coletiva, o desenvolvimento do capital social da nação, bem como, sob uma ótica individual, a garantia de que os indivíduos possam exercer as suas capacidades em sua plenitude, mediante o combate das diferentes formas de privação, inclusive, mas não apenas, a econômica. Objetivos estes que podem integrar a contratação pública de 3 maneiras distintas: através da proteção de grupos socialmente vulneráveis, como minorias étnicas ou trabalhadores; mediante incentivo para preservação de ativos importantes na formação do capital social da comunidade; ou como instrumento de política internacional em prol de questões sociais, como a defesa dos direitos humanos.

Como dito, o sistema de compras públicas pode ser um importante instrumento para combater as diferentes formas de privação que condicionam as capacidades dos grupos socialmente vulneráveis<sup>90</sup>. O que pode acontecer de duas formas distintas. Primeiramente, através de medidas que apenas visem reforçar parâmetros mínimos, por vezes já estabelecidos legalmente, com o fim de evitar que os grupos vulneráveis, em razão de sua hipossuficiência, sejam prejudicados. Assim, pode a Administração, por exemplo, reforçar a proibição de discriminações de naturezas étnicas, sociais, religiosas, etc., estabelecendo como critério eliminatório o desenvolvimento de segregações pelo agente privado. Ou exigindo determinados parâmetro mínimos de segurança para os trabalhadores da empresa contratada. Todavia, pode ainda o ente público pretender agir de forma mais enérgica, através de ações positivas que visem efetivamente promover a ascensão dos membros de grupos socialmente vulneráveis. Como conferindo vantagens a empresas detidas majoritariamente por sócios de etnias marginalizadas.

Porém, como *supra* referido, a dimensão social da sustentabilidade também pode se referir ao capital social enquanto conjunto de normas e instituições que colaboram para a coesão social, sendo tais “ativos” dos mais variados tipos: desde normas

---

<sup>89</sup> RODRIGUES, Nuno Cunha, **A contratação pública...**, pp. 378-381.

<sup>90</sup> MCCRUDDEN, Christopher. Using public procurement to achieve social outcomes. **Natural Resources Forum**, vol. 28, n.º 4, 2004, pp. 257-267.



comportamentais e costumes que favoreçam a confiança entre os membros da comunidade, a instituições que promovam a coesão social. Neste sentido, sendo certo que, sob uma ótica coletiva, a sustentabilidade social compreende o fortalecimento de tal coesão com vista ao desenvolvimento e resiliência da comunidade, a contratação pública pode, por vezes, colaborar para tal fim. Os sistemas de contratação pública podem, por exemplo, servir à preservação do patrimônio cultural da comunidade<sup>91</sup>, dada a sua alta relevância para a geração de uma identidade comum, característica importante para uma coesão social<sup>92</sup>. Ou as compras públicas podem configurar uma fonte de financiamento para instituições de fins sociais<sup>93</sup>, dada a sua importância no desenvolvimento de um capital social, embora não bastem por si só<sup>94</sup>.

A persecução de fins sociais através dos sistemas de compras públicas pode ainda extrapolar o território da nação onde se situa o ente público contratante<sup>95</sup>. Isto porque as compras públicas são hoje identificadas como uma ferramenta útil para pressionar economicamente países que protagonizam problemas sociais percebidos como demasiadamente graves aos olhos da comunidade internacional: como forma de pressionar um determinado país que viola direitos humanos a mudar sua conduta, pode a Administração, por exemplo, proibir de celebrar contratos públicos consigo empresas originárias daquele país ou que mantenham negócios com o mesmo. Ou até mesmo pode ser uma ferramenta para combater problemas sociais globais, que extrapolam países em específico. Como, por exemplo, a Administração proibir de celebrar contrato consigo empresas identificadas por organismos internacionais como utilizadoras de trabalho infantil.

E como os exemplos utilizados ao longo deste tópico já antecipam, são vários os instrumentos úteis para a persecução da sustentabilidade social nos procedimentos de compras<sup>96</sup>. Sendo válido pontuar, inclusive, que, como se perceberá mais adiante, quando tratarmos de analisar *como* a sustentabilidade pode ser efetivada através da contratação pública, as técnicas que são pertinentes para promoção da sustentabilidade ecológica são

---

<sup>91</sup> ROSSETTI, Suzana M. **Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 123-124.

<sup>92</sup> KLIKSBURG, Bernardo. Capital social y cultura, claves olvidadas del desarrollo. **Foro internacional**, vol. 42, n.º 3, 2002, pp. 454-496.

<sup>93</sup> MCCRUDDEN, Christopher. **Buying Social Justice: equality, government procurement, and legal change**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 62.

<sup>94</sup> LEVI, Margaret. Social and Unsocial Capital: A Review Essay of Robert Putnam's Making Democracy Work. **Politics & Society**, vol. 24, n.º 1, 1996, pp. 45-55.

<sup>95</sup> MCCRUDDEN, Christopher, **Buying Social Justice...**, em especial, pp. 90-92.

<sup>96</sup> Para uma introdução sistematizada: BARRAKET, Jo; FURNEAUX, Craig; KEAST, Robyn. **Social Procurement and New Public Governance**. New York: Routledge, 2016, pp. 34-45.

muitas vezes úteis também para a persecução da sustentabilidade social, compartilhando-se até mesmo as dificuldades de efetivação: o cálculo dos custos sociais levanta bastante dúvidas<sup>97</sup>, da mesma maneira que a precificação das externalidades ambientais durante a análise do ciclo de vida, como anteriormente mencionado.

Todavia, esta variedade de meios legais é muitas vezes subvalorizada – apesar de o tema das compras sociais estar ganhando cada vez mais relevo, principalmente em decorrência da ascensão dos paradigmas da *New Public Governance*<sup>98</sup>, que vislumbra os particulares como parceiros dos entes públicos na promoção dos interesses coletivos. Tal como a dimensão social da sustentabilidade é aquela sobre a qual há menos desenvolvimentos entre os teóricos do desenvolvimento sustentável, ela também é aquela que encontra menos acolhida nos sistemas de compras públicas, não só em termos de previsão legal, mas, principalmente, de efetivação nos procedimentos de contratação<sup>99</sup>.

#### **4. Contratação pública sustentável: um novo paradigma para os sistemas de compras públicas?**

A ideia de utilizar os contratos públicos como um instrumento de efetivação de políticas públicas não é algo novo e precede, em muito, os debates em torno da integração da noção de sustentabilidade nos procedimentos de compras. O *Buy American Act*, por exemplo, foi promulgado em 1933, e sabidamente pretendeu tornar a contratação pública um instrumento de política econômica, em razão do mau contexto econômico vivido pelos EUA após a grande depressão de 1929. No que toca ao uso dos contratos públicos para a prossecução de fins sociais, é possível encontrar origens ainda mais anteriores, mais precisamente no século XIX, embora a prática tenha mesmo se intensificado no início do século XX<sup>100</sup>. Por sua vez, como já referimos, o marco de origem da noção de sustentabilidade é o Relatório Brundtland, datado de 1987, como *supra* mencionado. Ou seja, a implementação de políticas públicas através dos contratos públicos é bastante

---

<sup>97</sup> BARRAKET, Jo; FURNEAUX, Craig; KEAST, Robyn, **Social Procurement...**, pp. 106-118.

<sup>98</sup> Para uma introdução ao conceito: OSBORNE, Stephen. The New Public Governance?. **Public Management Review**, Vol. 8, n.º 3, 2006, pp. 377-387.

<sup>99</sup> A título de exemplo, o seguinte escrito faz um interessante cotejo entre a implementação das dimensões social e ecológica da sustentabilidade no sistema de compras públicas brasileiro, concluindo por um claro desequilíbrio em desfavor da dimensão social: BETIOL, Luciana Stocco. Levando em conta a dimensão social nas contratações públicas. In **Panorama de licitações sustentáveis – Direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 169-189.

<sup>100</sup> MCCRUDDEN, Christopher, Using public procurement ..., p. 258.

anterior à própria noção de sustentabilidade<sup>101</sup> e, por consequência, ainda mais prévio ao debate que busca integrar tal noção aos sistemas de compras públicas. Trata-se de fato histórico e que, portanto, não pode ser negado.

O que todavia, não significa que a noção de contratação pública sustentável não traduza um novo paradigma. Isto porque a noção de contratação pública sustentável traduz um rearranjo dos sistemas de compras públicas, uma percepção acerca dos contratos públicos que não existia até então, apesar da promoção de políticas públicas nas compras estatais.

Isto porque a noção de contratação pública sustentável compreende a concretização de tais políticas públicas como uma finalidade tão importante quanto a própria aquisição de produtos, obras e serviços ou concessão de serviços públicos, o que é uma novidade. Um sistema de compras públicas sustentável não enxerga uma relação de subsidiariedade entre a concretização de políticas públicas e a aquisição ou concessão, como se aquela fosse menos importante que esta, que era o que ocorria até então. Até então, apesar da concretização de políticas públicas, o procedimento de compra estava guiado essencialmente para uma verificação do “*best value for money*”, mas, com o advento da noção de contratação pública sustentável, torna-se também estritamente necessária a verificação conjunta do *social best value*<sup>102</sup>. É nesta linha, por exemplo, que, como explicam ARROWSMITH E KUNZLIK<sup>103</sup>, não se deve chamar a concretização de políticas públicas de políticas secundárias: apesar de uma questão essencialmente terminológica, esta acaba por se tornar importante porque o uso de tais termos conduz à noção errada de que se trata de finalidade menos importante, subsidiária, pois “secundária”, quando, na verdade, trata-se de finalidade tão importante quanto a busca do melhor custo-benefício.

---

<sup>101</sup> A única dimensão da sustentabilidade que foge a esta regra é a dimensão ambiental, mas por motivos bastante compreensíveis: a defesa vigorosa de um dever estatal na preservação da biosfera começa a ganhar força contemporaneamente ao surgimento da noção de sustentabilidade, já em seu início bastante vinculada à ideia de preservação do meio ambiente, o que faz com que sejam “tardias” as primeiras manifestações governamentais destinadas a difundir o uso dos contratos públicos para implementar políticas ambientais. Cite-se, como exemplo, no caso dos EUA, a *Executive Order* sobre redução de emissões tóxicas por entes federais, emitida por Bill Clinton, a qual faz referência expressa às políticas de compras de tais órgãos, e data de 1993 (UNITED STATES OF AMERICA. Executive Order 12856 of August 3, 1993 - Federal Compliance With Right-to-Know Laws and Pollution Prevention Requirements. **Federal Register**, vol. 58, n.º 150, 1993. [Consult. 12 Mai. 2020] Disponível em WWW: <https://www.federalregister.gov/presidential-documents/executive-orders>).

<sup>102</sup> ESTORNINHO, Maria João, **Curso de direito dos contratos...**, p. 418

<sup>103</sup> ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. Public procurement and horizontal policies in EC law: general Principles. In **Social And Environmental Policies In Ec Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 12-15.

O ideal de uma contratação pública sustentável reflete, de certa forma, o *New Public Contracting*<sup>104</sup>. Normalmente associada apenas à substituição de uma Administração hierárquica por uma Administração pactuada, a ideia de uma nova contratação pública não se reduz a isto. Em verdade, elemento mais crucial acaba por ser a percepção do contrato como mais do que um instrumento jurídico destinado apenas à aquisição de bens, obras e serviços, mas também como um instrumento de governo<sup>105</sup>, útil na persecução de finalidades públicas. A noção de contratação pública sustentável, portanto, percebe que o contrato tem a importante função de servir à aquisição dos bens e serviços necessários para a atividade administrativa, mas que ele também é extremamente útil na persecução de fins governamentais, segunda função esta que não pode ser esquecida e desperdiçada.

Tal nova percepção acerca dos contratos, que, tratando-os como um instrumento de governo, enxerga a concretização de políticas públicas e a busca do melhor custo-benefício como equivalentes, em grau de importância, pode ser inclusive verificada através de recentes medidas legislativas. O texto da recente Diretiva 2014/24/EU, ao fim e ao cabo, continuou a permitir a contratação com base exclusivamente no preço<sup>106</sup>, apesar da forma confusa com que tratou do assunto; todavia, registra uma certa mudança de entendimento em torno da matéria, ao menos no que toca ao Parlamento Europeu, que vinha defendendo a necessidade de se adotar um critério de adjudicação que necessariamente conciliasse a análise do preço com a ponderação de aspectos qualitativos, como forma de concretizar políticas públicas através dos contratos públicos<sup>107</sup>. Ou seja, o Parlamento defendeu a equivalência de importância entre a verificação do “*best value for money*” e do “*social best value*”, uma novidade em termos de paradigma.

Desta feita, embora a concretização de políticas públicas através das compras públicas não seja algo novo, a noção de contratação pública sustentável traduz um novo paradigma, pois significa uma nova interpretação, um novo arranjo, mesmo que de

---

<sup>104</sup> VICENT-JONES, Peter. **The New Public Contracting: regulation, responsiveness, relationality**. Oxford: Oxford University Press, 2006, em especial pp. 1-35.

<sup>105</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In **Estudos de contratação pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Vol. IV, pp. 5-18.

<sup>106</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. Primeira análise das novas directivas (parte I). **Revista de contratos públicos**, n.º 9, 2013, pp. 51-53.

<sup>107</sup> ALMEIDA, Teresa. Critérios de adjudicação – o (novo) conceito de oferta economicamente mais vantajosa. **Revista de Contratos Públicos**, n.º 13, 2016, pp. 117-120.

elementos já conhecidos, traduzindo-se tal novo arranjo na importância equiparada entre a verificação do “*best social value*” e do “*best value for money*”.

### **III. Por que uma contratação pública sustentável: entre uma análise dogmática e zetética**

Como bem metaforizado por TORQUATO CASTRO JÚNIOR<sup>108</sup>, o jurista, tal qual o visconde de Ítalo Calvino, se percebe partido ao meio. Isto porque qualquer questão jurídica pode ser enfocada sob duas óticas completamente distintas, que traduzem formas de análise opostas, mas cujo exame integrado é essencial para uma compressão completa do Direito. Estamos a nos referir à tradicional oposição entre dogmática e zetética jurídicas.

Sob o ponto de vista dogmático, o Direito é marcado pela inegabilidade dos pontos de partida<sup>109</sup>, a qual molda por completo a forma como os problemas jurídicos devem ser abordados: são estabelecidos determinados pressupostos, através dos quais são depreendidas as soluções para os problemas postos, não se colocando sob questionamento os pressupostos estabelecidos. A investigação dogmática, portanto, está mais centrada em obter soluções para os problemas que lhe são apresentados, de pouco lhe valendo questionamentos acerca da validade dos pressupostos estabelecidos, visto serem justamente estes dogmas que permitem a produção controlada de soluções<sup>110</sup>. Caso se apresente o problema de saber se um funcionário público pode fazer greve, por exemplo, uma análise dogmática apenas se preocupará em examinar a legislação pertinente para concluir se há ou não um direito de greve e quais as eventuais condicionantes para o seu exercício, se houver. Não se colocará sob questionamento as diretrizes legais quanto a sua justiça, ou suas razões sociais, etc. Os fundamentos legais que permitiram a produção de conclusões de forma controlada não são colocados sob questionamento.

Já a partir de uma abordagem zetética, o Direito está permanentemente sob especulação. Isto porque, se o enfoque dogmático valoriza a busca de uma solução, para tanto tornando inquestionáveis determinados dogmas, a abordagem zetética valoriza o

---

<sup>108</sup> CASTRO JÚNIOR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: NOSES, 2009, pp. 1-6.

<sup>109</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 92-97.

<sup>110</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 39-43 e 47-51.

questionamento, inexistindo dogmas que valham por si só, os quais são permanentemente postos em dúvida. Podendo tais questionamentos possuir as mais diversas naturezas: histórica, sociológica, filosófica, econômica...<sup>111</sup> Assim, caso se pretenda refletir sobre se atos ilegais devem ser legitimados e tornados válidos após longo decurso de tempo, o estudo zetético não se bastará na busca de uma resposta na legislação aplicável. O problema estará permanentemente sob exame, através da análise de questões econômicas ou de justiça, por exemplo. O que não significa que os dogmas legais não possam ser abordados em uma análise zetética: eles poderão sê-lo, desde que através de uma abordagem reflexiva, que não os aceita por si só, enfocando o seu permanente questionamento.

E, embora diferentes, tais abordagens são complementares. A abordagem dogmática é responsável por viabilizar o processo decisório, reduzindo as complexidades naturais dos processos de comunicação e as expectativas envolvidas no conflito<sup>112</sup> – reduzindo-as, mas não extinguindo-as, inclusive porque os próprios envolvidos podem optar por ampliar a complexidade do conflito por estratégia<sup>113</sup>. É neste sentido que falamos que a dogmática permite a produção *controlada* de decisões. Sem ela, em situações de conflito, seria mais difícil compreender o que as partes envolvidas esperariam uma das outras, assim como também seria mais penoso estabelecer conceitos mínimos a utilizar na enunciação de mensagens por cada uma das partes, sem os quais se torna impossível qualquer comunicação. Desta feita, quando um indivíduo alega estar insatisfeito por o ente público ter decidido o seu pedido sem contrapor os argumentos que apresentou, é graças à dogmática que sabemos que o particular tinha a expectativa de que na decisão, e não em qualquer outro momento, a Administração fundamentasse a suposta invalidade dos argumentos do particular, pois a lei prescreve que sobre a decisão recaia esse dever. Da mesma forma que, quando a Administração argumenta a impenhorabilidade de um determinado bem, conseguimos compreender o que o ente público pretende afirmar acerca do tal bem ao proclamar tal qualidade, pois um ou mais dispositivos legais deixam claro as consequências relacionadas à afirmação de uma impenhorabilidade, funcionando o termo como um elo intermediário que facilita a comunicação<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, **Introdução ao estudo...**, pp. 39-47.

<sup>112</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, **Função social ...**, pp. 74-115.

<sup>113</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação – subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 131-135.

<sup>114</sup> ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

Por sua vez, estudos zetéticos podem ser importantes inclusive para abordagens estritamente dogmáticas do Direito. Ao contrário do que pensam autores como, por exemplo, Kelsen<sup>115</sup>, as abordagens zetética e dogmática não são absolutamente isoláveis, elas se relacionam. Não à toa o estudo dos “interesses” advindo de Heck teve destacável importância para o desenvolvimento da teoria das lacunas<sup>116</sup>. Compreender a finalidade das opções regulatórias positivadas pelo legislador, por exemplo, é uma abordagem zetética, que demanda o exame de questões de justiça, sociológicas, econômicas... E, em última instância, releva-se importante também para a interpretação das normas (tarefa eminentemente dogmática), dada a indispensabilidade do exame do elemento teleológico<sup>117</sup>.

Mais, a abordagem zetética é crucial para o desenvolvimento do direito positivado. Como já mencionado mais acima, a doutrina, para além do papel mais amplamente reconhecido de interpretar a legislação e fornecer uma sistematização do direito posto, tem também o papel de refletir sobre as opções regulatórias do legislador com vista a uma permanentemente evolução do direito positivado. A doutrina tem uma importantíssima função criativa. E, para tanto, torna-se crucial perceber as razões políticas, sociológicas, econômicas, históricas, etc., que estão por trás das opções legislativas. Seja porque o debate de tais fundamentos extrajurídicos é essencial para garantir uma evolução democrática do ordenamento, a qual, além de debater a própria legitimidade das opções já acolhidas pelo direito posto, efetivamente reflita sobre a totalidade de opções, ou algo próximo disto, e não apenas sobre um número reduzido, previamente limitado pelos pressupostos zetéticos já estabelecidos no ordenamento<sup>118</sup>. Ou então porque o direito posto deve ser percebido como uma caixa de ferramentas, de forma que é preciso saber as razões envoltas naquele direito positivado, para que se possa verificar a adequação das “ferramentas legais” escolhidas às razões que justificaram a sua escolha, de maneira a constatar se a opção legal é de fato uma boa estratégia, ou precisa ser alterada<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979, pp. 17-20.

<sup>116</sup> Larenz, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 71-72.

<sup>117</sup> Ascensão, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 414-415.

<sup>118</sup> Warat, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

<sup>119</sup> Contextualizando tal tipo de abordagem com o Direito Administrativo, mas com algumas lições que podem ser adaptadas aos mais diversos campos do Direito: Ribeiro, Leonardo Coelho. O Direito Administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 272, 2016, pp. 209-249.

E foi em razão desta indispensabilidade e complementariedade que este escrito optou por não ignorar qualquer uma das abordagens acerca dos fundamentos de uma contratação pública sustentável. Assim, como se verá ao longo do capítulo, desenvolvem-se abordagens zetéticas e dogmáticas acerca do problema da fundamentação dos sistemas de contratação pública sustentáveis: tanto são examinadas justificativas econômicas e filosóficas que pugnam pela adoção de uma contratação pública sustentável (abordagem zetética); quanto é analisado se, à luz de dogmas legais (os princípios jurídicos e regras internacionais e comunitárias), a sustentabilidade configura um dever dos contratos públicos dos Estados contemporâneos ou uma mera faculdade, a ser ou não exercida pelas suas vias legislativas (abordagem dogmática).

Neste sentido, ao longo deste capítulo, primeiramente são analisadas as razões financeiras e de justiça que pugnam pela adoção de um sistema de compras públicas sustentável pelas diferentes ordens jurídicas globais. Em seguida, se examina os princípios jurídicos comuns aos mais diversos ordenamentos jurídicos ocidentais, bem como as regras componentes de ordens jurídicas internacionais, com o fim de perceber se estas prescrevem deveres que obrigam os Estados a celebrar contratos públicos sustentáveis, restringindo a liberdade das legislações domésticas de dispor sobre a matéria, ou se, na verdade os diplomas nacionais ainda possuem ampla liberdade e maior relevância no que toca ao tema.

## **1. Razões econômicas em defesa de uma contratação pública sustentável**

É comumente enumerada como uma desvantagem da sujeição da contratação pública à noção de sustentabilidade o pagamento de preços superiores pelas soluções a adquirir<sup>120</sup>. A redução de competidores, o uso de processos e matérias-primas muitas vezes mais caras, ou a baixa demanda que impede a economia de escala, por exemplo, são enumerados como motivos que tendem a encarecer a contratação de soluções sustentáveis, de forma que o maior preço de tais soluções poderia levar a crer que seria ineficiente sujeitar a Administração a um dever de contratação sustentável.

Todavia, é um erro pensar que a sustentabilidade na contratação pública é sinônimo de ineficiência apenas em razão dos supostos preços mais altos dos produtos

---

<sup>120</sup> A título de exemplo: MCCRUDDEN, Christopher, **Buying Social Justice...**, pp. 115-118.



sustentáveis. Tal compreensão, embora não completamente errônea, está eivada de equívocos que precisam ser evidenciados e esclarecidos. Isto porque, em que pese, por vezes, a sujeição da contratação pública a um ideal de sustentabilidade importar a aquisição de serviços e produtos e concessão de obras e serviços públicos por preços mais altos, tal fato não pode ser confundido com ineficiência. Pois, ao contrário, a noção de sustentabilidade carrega consigo o aprimoramento da eficiência na alocação dos recursos governamentais dispendidos nos procedimentos de compras, como se demonstrará a seguir.

Inclusive, o primeiro destes equívocos é revelado quando confrontamos com a realidade tal tese genérica e abstrata de que a contratação pública sustentável importa maiores gastos: a experiência de alguns países já revela que a aquisição de soluções sustentáveis não é sinônimo de maiores gastos. Dados da União Europeia<sup>121</sup> demonstram que a compra de soluções sustentáveis, em média, não apenas não importa maiores custos como, em verdade, colabora para uma pequena redução dos gastos. Conclusão que se repete em outros territórios, como no Brasil, onde ainda se constatou, inclusive, que, por vezes, os produtos sustentáveis sequer possuem um preço de aquisição superior, em virtude de o próprio mercado privado já ter internalizado na sua produção preocupações de sustentabilidade, em decorrência de exigências legais, demanda dos consumidores, ou outros motivos<sup>122</sup>.

Na realidade, a percepção de que uma contratação pública sustentável é sinônimo de maiores custos, muitas vezes, é consequência de uma confusão do custo total do produto, serviço ou obra com o seu preço de aquisição, o qual apenas compreende uma parcela do custo total. As soluções sustentáveis, normalmente, possuem um preço de aquisição que é de fato superior ao daqueles bens e serviços que não podem ser adjetivados de sustentáveis. Todavia, tal preço de aquisição, via de regra, acaba por ser compensado quando são ponderados os custos indiretos e o tempo de vida útil do produto<sup>123</sup>. Ou seja, normalmente, as soluções sustentáveis possuem um maior preço de

---

<sup>121</sup> EUROPEAN UNION. **Collection of statistical information on Green Public Procurement in the EU**. PwC Sustainability, 2009, p. 69-70. [Consult. 15 Fev. 2020] Disponível em WWW: [https://ec.europa.eu/environment/gpp/studies\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/studies_en.htm).

<sup>122</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Contratações públicas sustentáveis. In **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 97-98.

<sup>123</sup> ALMEIDA, Ana Carla Leite de; COELHO, Angelita de Souza. Contratações públicas sustentáveis e a promoção de uma economia verde e inclusiva. In **Panorama de licitações sustentáveis – direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 275-276.

aquisição, mas, se compararmos a totalidade do custo que será gerado pelo gozo daquele produto ou serviço, é comum que as soluções sustentáveis se revelem mais baratas.

Um exemplo talvez colabore para uma melhor compreensão do que aqui está a ser dito. As lâmpadas de LED, mais sustentáveis, costumam ter um preço de aquisição superior ao das lâmpadas incandescentes, menos sustentáveis. À primeira vista, se poderia pensar, portanto, que essas representam um custo inferior ao daquelas. Todavia, as lâmpadas LED são mais eficientes energeticamente. O que significa que as lâmpadas incandescentes têm um maior custo de utilização. Logo, se compararmos o gozo do produto durante toda a sua vida útil, a lâmpada incandescente gerará um maior custo para o seu utilizador do que a lâmpada de LED, apesar do maior dispêndio inicial provocado por essa. Ou seja, a solução sustentável, ao fim, acaba por se revelar mais barata.

Contudo, é preciso também reconhecer que, por vezes, a solução sustentável representará o dispêndio de mais recursos financeiros, mesmo quando considerada a totalidade do custo a ser gerado pelo produto ou serviço e não apenas o valor gasto quando da aquisição. Mas, ainda assim, é preciso perceber que não há que necessariamente se falar em ineficiência.

Afirmar uma suposta ineficiência única e exclusivamente em função de critérios estritamente financeiros é um erro, pois revela uma compreensão equivocada acerca não só do conceito de eficiência, mas também da própria Economia. Como bem explica AMARTYA SEN<sup>124</sup>, o cálculo económico não pode ser reduzido ao exame de elementos estritamente financeiros, porque, na própria vida cotidiana, o indivíduo não pondera apenas elementos financeiros quando toma suas decisões económicas. E isto pode ser percebido claramente através do conceito de custos de oportunidade, já referenciado mais acima.

Os custos de oportunidade, como dito, referem-se às vantagens a que o agente económico renunciou ao optar por uma ação “A”. Tal conceito é imprescindível para verificar a eficiência da decisão tomada pelo agente económico: poderá se dizer que uma escolha foi eficiente quando a opção escolhida represente a geração de mais valor por recurso aplicado comparativamente ao cenário ao qual se renunciou. Porém, ao mencionarmos as vantagens renunciadas, não estamos a nos referir exclusivamente às vantagens financeiras: os custos de oportunidade também compreendem as vantagens que não possam ser expressas em valores monetários<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Coimbra: Almedina, 2012.

<sup>125</sup> VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de, **Economia...**, p. 10-13.

Assim, se pretendemos calcular a eficiência dos procedimentos de contratação pública sustentável, não podemos esquecer dos benefícios não necessariamente monetários envolvidos na decisão de contratar, os quais podem ir desde a redução da emissão de gases tóxicos até o desenvolvimento de um setor econômico, passando pela promoção da equidade social. Visto que, como já referimos, os benefícios eventualmente gerados à população em decorrência da decisão de contratar, em última instância, podem representar vantagens para o Estado, devendo ser incorporados no cômputo dos custos de oportunidade e, por consequência, no juízo de eficiência.

Some-se a isto que os recursos financeiros dispendidos nos procedimentos de contratação pública devem, antes de tudo, ser percebidos como *recursos públicos* e, portanto, afetos a uma lógica de gestão diversa da lógica que marca a gestão de recursos por agentes privados. O juízo de eficiência na produção de valor através do emprego de recursos públicos não prioriza a obtenção de lucro, mas sim a promoção do bem comum<sup>126</sup>. Afinal, a obtenção de mais recursos financeiros (lucro) apenas poderá ser vista como algo valioso para o Estado enquanto meio para a geração do bem comum, verdadeira finalidade do uso dos recursos públicos<sup>127</sup>.

Assim, ao compreendermos o papel dos custos de oportunidade de natureza não financeira no juízo de eficiência, bem como que o cálculo do valor no uso de recursos públicos não se reduz a um cálculo do lucro, constatamos que a contratação de soluções sustentáveis pode se revelar eficiente mesmo que importe o gasto de mais recursos. Mas desde que a ponderação dos custos de oportunidade revele que a opção sustentável, apesar de mais cara, produz mais valor (produz mais bem comum) por cada recurso aplicado, quando comparada com a opção de menor custo financeiro.

Exemplo: a Administração resolve celebrar um contrato de fornecimento de determinado produto X. Aberto o procedimento de contratação, recebe-se duas propostas. A primeira delas importa um gasto ligeiramente inferior ao da segunda proposta, todavia, compreende o uso de combustíveis fósseis no fornecimento do produto, enquanto a segunda proposta utilizará apenas fontes de energia limpa, sendo certo que as duas satisfazem plenamente a necessidade do ente público no fornecimento do produto X.

---

<sup>126</sup> ROLO, Nuno Miguel Cunha. **Manual de administração e governação pública**. Lisboa: AAFDL Editora, 2019, Vol. I, p. 166.

<sup>127</sup> Um bom exemplo disto são os tributos. Se a atuação estatal se regesse pela mera obtenção de lucro, melhor seria cobrar mais impostos quanto possível. Todavia, isto não é feito. Os impostos são cobrados na medida do necessário para financiar as atuações estatais destinadas à promoção do bem comum. Destaque-se que este exemplo foi retirado de: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 67.

A contratação da segunda proposta possui uma clara vantagem: o benefício gerado à população local em virtude da redução na emissão de poluentes, colaborando para a qualidade de vida da comunidade. Por sua vez, a existência desta vantagem faz com que a segunda proposta possua um maior valor para a Administração, afinal colabora mais para o bem comum do que a proposta de custo inferior.

Poderá se perguntar então como saber que a opção sustentável gera mais valor por cada recurso aplicado, se não há uma comparabilidade imediata neste aspecto, já que a quantidade de recursos aplicados em cada proposta de contrato é diferente, afinal referimo-nos a cenários em que a opção sustentável é mais cara. O exame desta questão, inclusive, é relevante para reconhecer os cenários em que uma solução sustentável mais custosa é efetivamente ineficiente.

Nos parece que a melhor forma de exercer a comparação entre os cenários alternativos ponderados no cálculo dos custos de oportunidade de propostas contratuais diferentes é mediante um juízo utilitarista<sup>128</sup>. Diante de um cenário em que as propostas não possuem valores idênticos e a proposta sustentável se revela mais custosa, o melhor a se fazer é isolar o valor excedente da proposta sustentável e questionar se a proposta mais barata, somada com a aplicação do valor excedente em outra atuação estatal mais especializada, seria capaz de gerar mais bem comum do que a contratação da solução sustentável. Isto porque, tomando a contratação da solução sustentável como opção A, a opção alternativa que deve ser ponderada a título de custo de oportunidade possui como vantagem a aplicação dos recursos economizados em outras atuações estatais mais especializadas e, eventualmente, mais eficientes<sup>129</sup>. Caso se conclua que a opção mais barata será capaz de gerar mais bem comum, então, de fato a contratação da solução sustentável se revela ineficiente e, portanto, não aconselhada.

Continuando com o exemplo: suponhamos que o tal ente público que pretende celebrar o contrato de fornecimento já desempenha uma política pública voltada à defesa da flora da comunidade, com a manutenção e expansão de áreas verdes, tudo com o fim de reduzir os danos decorrentes do uso de combustíveis fósseis pela população. Caso se chegue à constatação de que o valor excedente da proposta mais cara seria capaz de

---

<sup>128</sup> Para uma boa introdução ao utilitarismo filosófico: KYMLICKA, Will. **Contemporary political philosophy: an introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 10-50.

<sup>129</sup> Esta é uma das críticas feitas pelos céticos acerca de uma contratação sustentável, os quais afirmam que o dispêndio de recursos para contratação de soluções mais custosas importa a má aplicação de recursos cujo uso produziria mais resultados se aplicado em políticas específicas. Para mais a respeito, ver: MCCRUDDEN, Christopher, **Buying Social Justice...**, pp. 118-119.

financiar uma ampliação da política pública de forma a não só compensar as emissões de carbono relacionadas ao cumprimento do contrato, mas ainda compensar parte das emissões promovidas pela própria população, é porque a proposta mais barata, em conjunto com a aplicação do valor excedente em uma atuação estatal mais especializada, seria capaz de gerar mais bem comum do que a contratação da solução sustentável. Logo, a contratação da solução sustentável deve ser qualificada como ineficiente<sup>130</sup>.

Ademais, convém ressaltar esta noção de eficiência, estritamente vinculada a uma ideia de promoção do bem comum enquanto finalidade do Estado, aqui aplicada aos contratos públicos, não representa algo novo, mas, em verdade, apenas se refere ao conceito de eficiência já empregue nos mais diversos sistemas de compras públicas. Como explica PETER TREPTE<sup>131</sup>, a noção de *best value for money*, a qual baseia a contratação pública dos mais diferentes países hoje, carrega consigo uma compreensão da ideia de eficiência que não a reduz ao exame de aspectos exclusivamente financeiros. Em verdade, ela preocupa-se mais com a maximização do uso dos recursos públicos, o que exige um juízo financeiro, mas não se restringe ao mesmo<sup>132</sup>. Inclusive, é possível dizer que esta noção de eficiência que vai além do mero cálculo financeiro não é algo privativo da contratação pública, mas sim aplica-se a todo agir administrativo<sup>133</sup>, justamente em função deste dever de persecução do bem comum da atuação pública.

---

<sup>130</sup> Uma crítica que pode ser feita ao exemplo escolhido é que ele usa a comparação entre unidades ao menos relativamente correspondentes e, por consequência, facilmente comparáveis: a poupança na emissão de gás carbônico pela solução sustentável e a neutralização do mesmo gás por árvores. Porém, poderá ser que o caso concreto revele unidades nada equivalentes, sem uma comparabilidade clara entre si, como ocorreria, por exemplo, se o ente contratante não possuísse programas ambientais, porque esta competência é exclusiva de outro ente de uma fictícia federação que não aquele ao qual está vinculado. A título de exemplo, seria o caso de comparar a poupança na emissão de gás carbônico com eventual aplicação dos recursos sobressalentes em uma política de inclusão de hipossuficientes no mercado de trabalho. Não há uma clara comparabilidade entre o bem-estar gerado por cada uma das atuações, pois não há uma equivalência evidente entre as opções comparadas. No entanto, isto não torna a comparação impossível, apenas gerando um grau adicional de dificuldade, pois exigirá uma ordenação das opções (SEN, Amartya. **Escolha coletiva e bem-estar social**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 91-114), ou, quando isto não se revelar possível, um apelo à soma total (SEN, Amartya. **Escolha coletiva...**, pp. 206-210). Cenário mais complexo será aquele – adiante-se, bastante excepcional –, em que não for possível qualquer comparação, por uma incompletude de classificação. Porém, mesmo nestes casos, a incomparabilidade não pode ser usada como fundamento para a não realização de uma escolha racional (SEN, Amartya, **Escolha coletiva...**, pp. 525-543), pelo que nos parece que a decisão deverá ser tomada em favor da opção mais barata, por se pressupor que a aplicação dos recursos em políticas mais específicas tende a ser mais eficiente. Mas desde que o preço superior da proposta mais cara não decorra da proteção de direitos humanos, pois eles não estão sujeitos a juízos utilitaristas.

<sup>131</sup> TREPTE, Peter, **Regulating Procurement...**, em especial, mas não apenas, pp. 389-390.

<sup>132</sup> Retrato da evolução contida nesta atual compreensão do conceito de *best value for money*: ARROWSMITH, Sue. **The law of public and utilities procurement – regulation in the EU and UK**. Londres: Thomson Reuters, 2018, vol. I, pp. 17-18.

<sup>133</sup> O conteúdo do princípio da boa administração, ou da eficiência, é bastante elucidativo disto ao não reduzir o seu conteúdo a um juízo financeiro, mas sim centralizar-se na ideia de razoabilidade na gestão dos interesses coletivos. A título de exemplo, ver: RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios do novo CPA

E é assim que nos parece que deveria ser compreendida a diretriz interpretativa que já encontra defesa em algumas jurisdições, como a europeia, onde se desobriga os entes públicos de submeterem a contratação a um juízo de sustentabilidade ambiental quando verificado que a solução sustentável importará um custo superior<sup>134</sup>. O custo excessivo, a nosso ver, deveria ser constatado não em função de um mero preço de aquisição superior, ou mesmo de um custo total mais alto, mas sim quando verificado que o preço excedente seria capaz de gerar mais bem comum se aplicado em outra política estatal, mais específica e direta, pelo que o seu uso na contratação de uma solução sustentável conduziria à ineficiência.

Uma última questão, colateral, mas de interesse, principalmente no caso dos Estados federados, é saber se a configuração de um eventual benefício à população deverá ser ponderado no cálculo dos custos de oportunidade mesmo que não esteja vinculado a alguma competência do ente público contratante. Mais uma vez, um exemplo certamente colaborará para esclarecer o cenário que aqui se pretende analisar. Determinado Estado constitui uma federação. Por sua vez, um ente público vinculado a um dos estados federados resolve contratar empresa para prestação de serviços. Deverá o ente público considerar no cálculo dos custos de oportunidade eventuais benefícios ambientais promovidos por uma solução sustentável, sendo certo que a conservação do meio ambiente é de competência exclusiva da federação, não dos estados federados? Nos parece que sim.

Primeiramente porque, como dito, os benefícios decorrentes da contratação de uma solução sustentável adquirem o caráter de vantagem a ser ponderada no cálculo dos custos de oportunidade não por representarem um auxílio ao ente público na persecução de seus objetivos cotidianos, neste caso, no cumprimento de suas competências legais, mas sim por, em última instância, representarem um benefício para a população. Ou seja, o fato de tratar-se de benefício que não guarda relação com alguma competência do ente público não oculta o bem gerado à comunidade, o qual não pode ser percebido pelo ente público como outra coisa que não uma vantagem, visto que o Estado e todos os seus organismos são uma instituição representativa desta comunidade e que, portanto, deve atuar em prol dos seus interesses.

---

e o princípio da boa administração, em particular. In **Comentários ao novo código do procedimento administrativo**. Lisboa: AAFDL, 2018, vol. I, p. 269-293. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 237, 2004, pp. 1-6.

<sup>134</sup> GONÇALVES, Pedro Costa, **Direito dos contratos...**, pp. 341-343.

Além disto, a configuração de uma federação ou de qualquer outra repartição de competências entre unidades administrativas de um mesmo Estado pressupõe o exercício dos seus poderes de forma cooperada, conduzindo a uma complementação recíproca que culmina numa unidade de ação<sup>135</sup>. Pelo que não deverá um estado federado qualificar como irrelevante determinado benefício coletivo apenas porque o mesmo não se relaciona de forma estrita com algumas de suas competências legais apesar de possuir relação com competência de outra unidade administrativa.

Por todo o exposto, ao contrário do que enuncia o argumento exposto no início deste tópico, um sistema de compras públicas autenticamente sustentável é, na verdade, o mais recomendável sob a ótica econômica, pois mais eficiente. Afinal, normalmente conduz à economia de recursos mediante menores custos. E, quando eventualmente importar a contratação de produtos e serviços por preços superiores, o fará de acordo com um juízo de eficiência que impede a alocação de recursos aonde estes se revelem menos produtivos, não sob uma ótica de geração de lucro, mas sim de promoção do bem comum, verdadeira finalidade do Estado.

## **2. Razões de justiça em defesa de uma contratação pública sustentável**

Antes de adentrar o exame das relações entre um ideal de justiça e um sistema de compras públicas sustentável, convém esclarecer que o exame aqui desenvolvido deve ser compreendido como eminentemente zetético. Ou seja, não pretendemos aqui expor razões que sirvam de fundamento dogmático para a promoção de uma contratação pública sustentável, mesmo que a contragosto de prescrições legais expressas. Apenas desejamos expor em que medida os critérios de justiça recomendam a submissão dos sistemas de compras públicas à noção de sustentabilidade, ficando a cargo dos diferentes ordenamentos acolher ou não tais recomendações, que só se tornarão válidas dogmaticamente após e na medida do seu acolhimento.

Tal esclarecimento faz-se necessário em função do eterno embate entre concepções positivistas e naturalistas acerca do direito<sup>136</sup>, as quais fazem com que a simples remissão a critérios de justiça na abordagem de problemas jurídicos possa logo

---

<sup>135</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 512-514.

<sup>136</sup> Para uma boa introdução: KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 29-67.

ser entendida por alguns como uma remissão a eventuais normas cuja vigência independeria da previsão expressa no respectivo ordenamento jurídico. Assim, com o fim de evitar confusões de entendimento, ressalta-se o viés positivista deste escrito<sup>137</sup> e, portanto, o caráter eminentemente zetético da investigação desenvolvida ao longo deste tópico.

Pois bem. O problema da justiça, como é sabido, não é novo, existindo todo um conjunto de escritos clássicos acerca do tema, os quais revelam diferentes concepções e critérios de verificação do justo. O que de logo coloca o problema de escolher e fundamentar o uso de uma concepção de justiça ao longo deste tópico. Nessa linha, como se perceberá, este escrito optou pela abordagem do problema da justiça desenvolvida por JOHN RAWLS<sup>138</sup>. A escolha deve-se ao fato de a abordagem desenvolvida por Rawls ser aquela que mais se aproxima das necessidades do juízo de justiça a ser desenvolvido aqui. O autor norte-americano pretende afastar-se de concepções metafísicas de justiça para pensar uma teoria do justo aplicável especificamente às instituições das democracias constitucionais ocidentais<sup>139</sup>, não à toa é percebido por muitos como um novo contratualista<sup>140</sup>. E, sendo certo que o juízo de justiça que aqui se desenvolverá terá como único objeto uma atuação estatal, e não o comportamento humano cotidiano, por exemplo, tal teoria se revela mais adequada, pois pensada estritamente para estes casos.

Nessa linha, Rawls imagina uma situação hipotética inicial, na qual os indivíduos não sabem que posições sociais ocuparão na comunidade e, cientes disso, deverão escolher os princípios de justiça que deverão guiar as instituições dessa sociedade. O filósofo então conclui que a comunidade acabaria por consensualizar nos seguintes princípios, sendo certo que o primeiro princípio é prioritário em relação ao segundo<sup>141</sup>:

*“Primeiro princípio*

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.

---

<sup>137</sup> Tendo em vista esta ser uma questão colateral, optou-se por não desenvolver aqui as razões do viés positivista adotado pelo autor. Todavia, uma boa síntese dos fundamentos da escolha do autor pode ser encontrada aqui: HART, H. L. Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. In **Philosophy of law**. Belmont CA: Wadsworth Thomsom Learning, 1999, pp. 59-75.

<sup>138</sup> Em especial: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>139</sup> RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. **Lua Nova**, n.º 25, 1992, pp. 25-59.

<sup>140</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 61.

<sup>141</sup> RAWLS, John, **Uma teoria...**, pp. 57-208.



### *Segundo princípio*

As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

- (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo as restrições do princípio da poupança justa, e
- (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condição de igualdade equitativa de oportunidades.”<sup>142</sup>

Ou seja, quão mais próximas as instituições das democracias ocidentais estiverem destes princípios, mais justas serão.

As liberdades básicas de que fala o primeiro princípio da justiça são depois referidas por Rawls como bens primários, os quais compreendem os bens necessários para satisfazer as necessidades básicas dos indivíduos, bem como as liberdades e direitos essenciais para que os sujeitos possam participar da comunidade de forma cooperativa, enquanto cidadãos<sup>143</sup>. Sendo certo, portanto, que o direito a participar nos procedimentos de contratação promovidos pela Administração Pública não configura um destes bens primários, mesmo considerando que a ideia de bens primários se refere à renda e à riqueza; afinal estes compreendem os recursos materiais estritamente necessários para que os indivíduos possam atingir seus objetivos<sup>144</sup>, os quais podem ser obtidos sem a participação nos procedimentos de compras públicas, como é óbvio.

É importante perceber isto porque significa que a organização das instituições relativas aos procedimentos de compras não deverá estar submetida a um critério de divisão o mais igualitário possível para que seja justa, pois sobre ela não incidirá o primeiro princípio. Mas incidirá sim o segundo princípio, o qual disciplina que as instituições que não compreendem os bens primários deverão ter como objetivo ordenar as desigualdades sociais e econômicas de modo a beneficiar os menos favorecidos, mas atento ao princípio da poupança justa – que logo explicaremos do que se trata –, bem como a um dever equitativo de oportunidades. Ou seja, há aqui três deveres, por assim dizer, para que as instituições relacionadas aos procedimentos de compras públicas sejam justas.

---

<sup>142</sup> RAWLS, John, **Uma teoria...**, p. 333.

<sup>143</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 225-238.

<sup>144</sup> RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 83.

Em ordem de precedência<sup>145</sup>, primeiramente, as oportunidades de acesso aos contratos públicos deverão ter como regra geral a sua oferta em termos absolutamente igualitários, exceto se a existência de uma desigualdade na oferta sirva para aumentar as oportunidades daqueles que teriam uma oportunidade menor num cenário em que essas fossem oferecidas de maneira estritamente igualitária. Isto é o que compreende o dever *equitativo* de oportunidades. Trata-se da velha ideia, de certa forma já contida em ARISTÓTELES<sup>146</sup>, de que os diferentes merecem tratamento diferenciado na medida de sua diferença.

Tal regra das oportunidades equitativas tem extrema relevância para a ideia de contratação pública sustentável. Isto porque, como embrionariamente enunciado no capítulo anterior, por vezes a satisfação de políticas públicas nos procedimentos de compras leva à concessão de vantagens a alguns concorrentes, como empresas de pequeno porte ou agentes privados que exercem funções sociais de relevância, por exemplo. Diante da teoria da justiça de Rawls, tal tratamento diferenciado só poderá ser qualificado como justo se fundamentar-se em eventuais desvantagens possuídas por tais concorrentes quando comparados com os demais. É o caso, por exemplo, das vantagens conferidas a empresas de pequeno porte por, eventualmente, sofrerem desvantagens em termo de competição com empresas de grande porte, dotadas, por exemplo, de economia de escala ou ampla rede de centrais de distribuição. Porém, se tal tratamento diferenciado possuir outros fundamentos, como a mera relevância das empresas de pequeno porte na oferta de empregos ou a proteção destas empresas em face da concorrência internacional com vista ao seu desenvolvimento, tal diferença de tratamento será qualificada como injusta.

Posteriormente, é preciso cumprir o dever de colaborar para uma ordenação das desigualdades que beneficie os menos favorecidos<sup>147,148</sup>. E aqui é que a incidência da

---

<sup>145</sup> Por diversas vezes, Rawls estabelece a precedência de determinadas regras ou princípios sobre outros, como forma de garantir um resultado justo, no que chama de ordem lexical, fazendo-o também diante das regras contidas no segundo princípio. Sintetizando tais ordens de precedência: RAWLS, John, **Uma teoria...**, pp. 333-334.

<sup>146</sup> ARISTÓTELES. **Ética nicomáquea y ética eudemia**. Madrid: Editorial Gredos, 1998, pp. 245-247.

<sup>147</sup> Pode-se questionar se a oferta desigual de oportunidades com fundamento no benefício dos menos favorecidos não tornaria justa tal medida, tendo em vista o que disse pouco antes usando o exemplo da importância das empresas de menor porte para a geração de empregos. Mas a resposta é não. Isto porque, na teoria da justiça aqui utilizada é prevista uma precedência da regra de oferta equitativa de oportunidades sobre a regra que determina os benefícios dos menos favorecidos. Para mais acerca disto, ver, em especial, o conteúdo referido na nota 140.

<sup>148</sup> Rawls faz questão de mencionar algumas peculiaridades envoltas na noção de indivíduo menos favorecido, relativas às limitações especulativas e a sua relação com a divisão dos bens primários. Porém, para os fins deste escrito, tais observações revelam-se desnecessárias. Todavia, caso se possua interesse: RAWLS, John, **Uma teoria...**, pp. 101-106; RAWLS, John, **Justiça como...**, pp. 81-86.

noção de sustentabilidade sobre os procedimentos de contratação pública se revela essencial para garantir um sistema de compras justo. Isto porque a sustentabilidade é a responsável por integrar nos procedimentos de compras um dever de maximização da utilidade pública no uso dos recursos destinados à aquisição de produtos e serviços, a qual inquestionavelmente beneficia os menos favorecidos: a persecução de políticas ambientais em prol da conservação da biosfera é extremamente benéfica, tendo em vista que são os menos favorecidos aqueles que correm mais riscos com os problemas ambientais<sup>149</sup>; o desenvolvimento de políticas econômicas, por sua vez, traz consigo o desenvolvimento econômico e consequente redução da privação econômica; já as políticas sociais guardam evidente relação com o benefício dos menos favorecidos, na medida em que importam a proteção nacional ou até mesmo internacional dos grupos socialmente mais frágeis. Sem a preocupação de que o sistema de compras seja sustentável, no máximo haverá a persecução de políticas públicas em caráter subsidiário. Apenas a contratação pública sustentável iguala em termos de importância a tradicional persecução do *best value for money* e a verificação do *best social value*, como acima explicado. Ou seja, um sistema de compras públicas que não seja sustentável não cumpre plenamente com o dever de colaborar para uma ordenação das desigualdades que beneficie os menos favorecidos, pois só o fará quando tal parecer conveniente à entidade adjudicante.

Por fim, os princípios da justiça prescrevem a necessidade de que este benefício aos menos favorecidos ocorra com respeito ao princípio da poupança justa, o qual, em síntese, refere-se a necessidade de submeter as escolhas públicas a um cálculo intergeracional, que tenha como base a manutenção dos atuais ativos e boas instituições, além da melhora das condições dos menos favorecidos das gerações futuras em comparação com os atuais menos favorecidos<sup>150</sup>. E como já referido mais acima, a noção de sustentabilidade é a responsável por integrar nos procedimentos de compras a ideia de equidade intergeracional, antes ausente dos sistemas de compras públicas enquanto dever geral. Fazendo-o por diferentes meios: mediante uma noção de custo que demanda uma análise de longo prazo, a qual culmina na poupança de recursos financeiros; mediante a própria ideia de conservação da biosfera, incutida na dimensão ambiental da contratação

---

<sup>149</sup> UNITED NATIONS. **Climate change and poverty: report of the special rapporteur on extreme poverty and human rights**. New York: Human Rights Council, 2019. [Consult. 20 Mar. 2020] Disponível em WWW: <https://digitallibrary.un.org/record/3810720>.

<sup>150</sup> RAWLS, John, **Uma teoria...**, pp. 314-324.

pública sustentável; através da compreensão dos contratos como instrumento de política econômica, aptos a colaborar para o desenvolvimento econômico; mediante análise do ciclo de vida, com o fim de identificar e prevenir externalidades negativas... Em resumo, a concepção de uma contratação pública sustentável cumpre com tal dever de poupança justa de forma que um sistema de compras desvinculado da noção de sustentabilidade não faz satisfatoriamente, pois está distante da ideia de equidade intergeracional, apenas a acolhendo pontual e esporadicamente, não de forma sistematizada.

Por todo o exposto, como se percebe, as razões de justiça recomendam a incidência da noção de sustentabilidade sobre os procedimentos de contratação pública, pois assim se garante de forma mais ampla o respeito ao segundo princípio da justiça nos seus deveres de beneficiar os menos favorecidos, sempre de acordo com um princípio da poupança justa. Com a ressalva de que um inteiro cumprimento do segundo princípio da justiça exige que eventuais tratamentos desiguais para os concorrentes dos procedimentos de contratação encontrem fundamento estritamente em desvantagens possuídas pelos próprios, dada a segunda regra ali contida. Por isso concordamos com aqueles que afirmam que pensar uma contratação pública ética é refletir sobre a integração do ideal de sustentabilidade na lógica das compras governamentais<sup>151</sup>.

### 3. A noção de contratação pública sustentável e os princípios jurídicos

Embora os princípios jurídicos sejam objeto de muitas divergências, nomeadamente no que toca à sua aplicação e seus traços característicos, a verdade é que há hoje um certo consenso<sup>152</sup> entre os juristas ao menos na aceitação dos princípios como uma fonte do direito<sup>153</sup>. O que, como é óbvio, também engloba o direito administrativo<sup>154</sup>. De forma que um exame eminentemente dogmático acerca de um pretenso dever de

---

<sup>151</sup> ESTORNINHO, Maria João. Por uma visão ética da contratação pública. In **Liber Amicorum Fausto de Quadros**. Coimbra: Almedina, 2016, vol. II, pp. 303-315.

<sup>152</sup> Embora Dworkin afirme uma suposta não aceitação dos princípios pela teoria positivista (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 23-72.), tal tese apenas pode ser interpretada como um equívoco acerca da concepção positivista do direito, a qual não é necessariamente incompatível com o reconhecimento da existência de princípios jurídicos, e não se opõe à vigência dos mesmos. Neste sentido, ver: CARRIÓ, Genaro. R. Legal Principles and Legal Positivism. In **Philosophical analysis in Latin America**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1984, pp. 47-71.

<sup>153</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, **Introdução ao estudo...**, p. 213.

<sup>154</sup> BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf; WOLFF, Hans J. **Direito Administrativo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, vol. I, pp. 342-346.

sustentabilidade na contratação pública não poderia passar ao largo dos princípios jurídicos.

Os princípios desempenham um papel fundamental na sistematização do direito, configurando o núcleo de sentido do ordenamento<sup>155</sup>. De forma que se tornam importantes para a interpretação dos dispositivos legais, como quando se examinam os elementos sistemático e teleológico. Além de colaborarem na solução de eventuais lacunas, pois podem se tornar fonte de dedução da regra exigida pelo caso concreto<sup>156</sup>. Sem falar que as razões propagadas através dos princípios podem até mesmo afastar a aplicação de regras expressas, embora se possa afirmar uma tendência de primazia dessas sobre aquelas<sup>157</sup>. Não à toa há quem diga que um dos grandes desafios hermenêuticos na promoção de uma contratação pública sustentável reside no domínio dos princípios<sup>158</sup>: a ideia de um sistema de compras públicas sustentável exige a delimitação das razões contidas em princípios novos, além de causar conflitos principiológicos que demandam solução, tudo para que se possa garantir uma adequada aplicação das regras, coerente com as razões fundamentais do ordenamento, veiculadas através de tais princípios.

Assim, ao longo do presente tópico, primeiramente serão enumerados os diferentes princípios pertinentes aos procedimentos de contratação pública e cujas razões têm relevância no debate sobre a incorporação do conceito de sustentabilidade aos sistemas de compras governamentais, identificando-se como tais princípios se relacionam com tal problemática, de forma que se possa, ao fim, realizar o sopesamento de princípios que eventualmente entrem em conflito e entender como tais razões principiológicas podem vincular as regras expressas. Sendo certo que não é o objetivo do presente tópico promover uma acurada delimitação do conteúdo dos princípios enunciados, mas apenas compreender o seu conteúdo de forma geral e na medida do necessário para perceber a sua relevância na interpretação da diretriz principiológica acerca da matéria objeto da investigação.

Ademais, é pertinente salientar que, como se perceberá a seguir, os princípios aqui analisados são comuns às mais variadas ordens administrativas ocidentais, sendo os seus conteúdos bastante semelhantes em quaisquer destas. Isto posto, nos parece possível

---

<sup>155</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 80-88.

<sup>156</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 314-317.

<sup>157</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 139-141.

<sup>158</sup> VILLAC, Teresa. Licitações sustentáveis e hermenêutica. In **Panorama de licitações sustentáveis – Direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 67-68.

afirmar que o exame de princípios aqui desenvolvido se aplica não apenas àquelas ordens jurídicas analisadas de forma mais detida, quais sejam, os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, mas à generalidade dos sistemas de compras públicas do ocidente.

Isto posto, cabe então questionar: os princípios obrigam os Estados a contratarem de forma sustentável, independente do tratamento que suas legislações domésticas deem para o tema? Os princípios são fundamento jurídico suficiente para tanto?

#### **a) Princípio da concorrência**

O princípio da concorrência, no que toca às compras públicas<sup>159</sup>, deve ser entendido como enunciador da promoção de uma competitividade efetiva nos procedimentos de contratação, o que envolve a defesa do acesso mais amplo possível aos procedimentos de compras, bem como a proibição de tratamento desigual dos participantes e combate de eventuais conluíus entre os licitantes<sup>160</sup>. Trata-se, como amplamente reconhecido, do princípio estruturante dos sistemas de compras públicas<sup>161</sup>, o que decorre da crença de que garantir a competição entre os agentes privados é a melhor forma de obter a solução mais adequada para o ente público, principalmente do ponto de vista financeiro, mas também sob uma ótica qualitativa<sup>162</sup>. Tal centralidade do princípio da concorrência, inclusive, pode ser percebida pela sua ampla irradiação ao longo de todo o procedimento de contratação, visto dele serem deduzidas as mais diferentes regras<sup>163</sup>, aplicáveis às mais distintas fases dos procedimentos de compras, como a estabilidade das regras do procedimento, a intangibilidade das propostas, o dever de julgamento objetivo das mesmas...

Todavia, é preciso ressaltar que não se pode confundir a incidência do princípio da concorrência com a defesa de uma abertura absoluta do procedimento de contratação, por mais que a satisfação do princípio seja potencializada pelo maior grau de abertura do procedimento. Isto porque, diante das necessidades da Administração, nem sempre ter

---

<sup>159</sup> Isto porque, como se sabe, sua incidência não é restrita aos procedimentos de contratação pública, tendo conteúdo relativamente distinto em outros domínios: GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 378-398.

<sup>160</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann, **Licitação pública...**, p. 113-118.

<sup>161</sup> OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. **Concursos e outros procedimentos de contratação pública**. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 184-185.

<sup>162</sup> SCHOONER, Steven L, **Desiderata...**, p. 104.

<sup>163</sup> OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, **Concursos e outros procedimentos...**, pp. 192-215.

mais concorrentes significa a melhor opção, pois pode levar a contratação de agente privado inapto, por exemplo. O princípio da concorrência não é, por si, contrário a restrições à competição, apenas exigindo que elas não sejam excessivas e estejam suficientemente motivadas<sup>164</sup>.

E é exatamente aqui que o princípio da concorrência se revela pertinente na concepção de um sistema de compras públicas sustentável. Isto porque, como mencionado por diversas vezes ao longo do capítulo anterior, a efetivação de contratações sustentáveis pode compreender restrições à competição, mediante, por exemplo, a definição do objeto do contrato ou dos critérios de adjudicação, o que pode levantar dúvidas quanto à compatibilidade entre o princípio da concorrência e um sistema de compras públicas sustentável, dada a possibilidade de tais restrições em prol da sustentabilidade se revelarem excessivas ou não fundamentadas suficientemente.

#### **b) Princípio da prossecução do interesse público**

O princípio da prossecução do interesse público incide impreterivelmente sobre todo agir administrativo e diz respeito à sua finalidade: a busca do interesse coletivo enquanto bem comum, não confundível com o interesse do Estado<sup>165</sup>. Pela própria intenção de representar o interesse de toda a coletividade, o exame do interesse público comumente demanda a solução do conflito de diferentes interesses legítimos e contraditórios, o que se deverá resolver mediante a ponderação destes, tendo em conta as desvantagens de cada opção<sup>166</sup>.

No caso dos procedimentos de contratação, o interesse público se manifesta de diferentes maneiras: na própria decisão de contratar, que só deve ocorrer quando o recurso ao contrato se revelar o meio mais idôneo para garantir o interesse coletivo; na escolha do tipo procedimental, o qual deverá ser o mais apto a satisfazer as necessidades que se apresentem para satisfação do bem comum; na definição do critério de adjudicação, que precisará ser suficiente para garantir a seleção da proposta mais apta a promover o interesse coletivo; na elaboração do projeto do contrato, que exigirá uma reflexão acerca

---

<sup>164</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 52-53.

<sup>165</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 113-114.

<sup>166</sup> BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf; WOLFF, Hans J, **Direito...**, pp. 427-428.

de quais cláusulas contratuais são indispensáveis para a concretização do interesse público perseguido<sup>167</sup>.

A prossecução do interesse público, assim, recomenda um sistema de contratação pública sustentável, e por dois motivos distintos. Primeiramente, há quem argumente que o bem a ser perseguido, para ser efetivamente comum, precisa ser intergeracional<sup>168</sup>, posição com a qual concordamos. E então apenas um sistema de compras públicas sustentável será capaz de contemplar plenamente cálculos intergeracionais, pelos motivos que já enunciamos repetidas vezes acima. Porém, ainda para quem não se filie a tal posição, será preciso reconhecer que um sistema de compras públicas sustentável potencializa a capacidade dos contratos públicos de servirem à satisfação do bem comum, pois fornece novas e variadas ferramentas para tanto, tornando o contrato um meio de promover o desenvolvimento económico, colaborar para a proteção da biosfera ou proporcionar equidade social, todos interesses coletivos e referentes à promoção do bem comum, garantindo uma maximização dos recursos públicos aplicados na contratação.

### c) Princípio da igualdade

O princípio da igualdade prescreve a proibição de tratamento desigual dos participantes no procedimento de contratação<sup>169</sup>, de forma que tem conteúdo bastante próximo a parte do conteúdo do princípio da concorrência, visto pouco acima. A íntima relação entre os princípios decorre também do fato de que a garantia de um tratamento igualitário é necessária para que se instaure uma efetiva competição<sup>170</sup>. Por sua vez, para diferenciar os princípios, é útil perceber que o princípio da igualdade se refere apenas ao tratamento dos candidatos *durante* o procedimento de contratação. Fora deste contexto, eventuais tratamentos desiguais não fundamentados devem ser compreendidos como violação do princípio da concorrência<sup>171</sup>.

---

<sup>167</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernandez. **Direito da contratação pública**. Lisboa: AAFDL Editora, 2020, Vol. I, pp. 98-99.

<sup>168</sup> OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2016, vol. 1, p. 67.

<sup>169</sup> OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Os princípios gerais da contratação pública. In **Estudos da contratação pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, Vol. I, p. 92.

<sup>170</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann, **Licitação pública...**, p. 90-91.

<sup>171</sup> OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, **Concursos e outros procedimentos...**, p. 191.



O que não significa que o princípio da igualdade proíba qualquer tipo de tratamento diferenciado. Em verdade, o princípio deve ser compreendido como mera proibição de diferenciações sem fundamento legal expresso<sup>172</sup>. Sendo certo, todavia, que não será admitido o tratamento diferenciado, mesmo que previsto por lei, caso: atinja apenas um indivíduo; as situações diferenciadas não sejam efetivamente distintas; não exista uma correlação lógica entre as características diferentes e a distinção de regime jurídico; ou tal distinção de regime jurídico não seja fundada em razão valiosa à luz do texto constitucional<sup>173</sup>. Isto porque a própria previsão legal será ilícita por violação do princípio da igualdade em sua vertente constitucional<sup>174</sup>. Desta feita, haverá revogação do dispositivo legal que supostamente autorizaria a diferenciação, deixando de existir o fundamento legal que autorizava o tratamento diferenciado.

A necessidade de análise do princípio da igualdade, desta feita, é um tanto clara. Como percebido ao longo do capítulo anterior, um sistema de compras públicas sustentável pode se valer de tratamentos diferenciados, como os que conferem vantagens a empresas de pequeno porte ou nacionais. Tornando-se necessário o sopesamento do princípio ora referido.

#### **d) Princípio da boa administração ou da eficiência**

O princípio da boa administração, por vezes referido como princípio da eficiência<sup>175</sup>, instaura o dever de a Administração sempre buscar a atuação ótima durante o exercício de seus poderes<sup>176</sup>, não se confundindo tal dever de atuação ótima com um mero dever de atuação financeiramente eficiente<sup>177</sup>, como já mencionado em nota de rodapé mais acima. De forma que acaba por abrir margem a um controle de mérito da Administração, tradicionalmente sujeita apenas a um controle de legalidade<sup>178</sup>. Sendo certo, todavia, que a busca da atuação ótima deverá sempre observar os parâmetros legais,

---

<sup>172</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, ebook, p. 549.

<sup>173</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>174</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 426-432.

<sup>175</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de direito...**, p. 127.

<sup>176</sup> OTERO, Paulo. **Direito do procedimento administrativo**. Coimbra: Almedina, 2016, vol. I, pp. 271-272.

<sup>177</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de, **O princípio...**, pp. 1-6.

<sup>178</sup> OTERO, Paulo, **Manual...**, pp. 76-79.

dada a precedência do princípio da legalidade sobre o da eficiência: não haverá que se falar em decisão eficiente quando ilegal; a eficiência só poderá ser mensurada em face das possibilidades de atuação lícitas<sup>179</sup>. Assim, o princípio da boa administração incide basicamente no campo das atuações marcadas pela discricionariedade<sup>180</sup>.

A possibilidade de controle do mérito da atuação administrativa através do princípio da boa administração, por sua vez, é objeto de divergência doutrinal e jurisprudencial. Parte da doutrina argumenta a plena vinculatividade do princípio, sendo possível, por exemplo, decretar a invalidade de uma eventual atuação administrativa em função de sua ineficiência<sup>181</sup>. Todavia, outra parte da doutrina<sup>182</sup> afirma que o princípio da boa administração dá origem a uma espécie de dever jurídico imperfeito, o qual, embora gere a obrigação dos entes administrativos preocuparem-se em buscar a atuação mais eficiente, não causaria a invalidade de uma forma jurídica que se revelasse ineficiente, servindo, portanto, como mera diretriz do agir administrativo.

Seja constituidor de um dever jurídico imperfeito ou não, a verdade é que o princípio da boa administração tem clara importância para a solução do problema aqui analisado. Como explicado pouco acima, um sistema de compras públicas sustentável é, sem sombra de dúvidas, o modelo mais eficiente de contratação pública, pois importa a maximização dos recursos públicos envolvidos nas aquisições dos entes públicos. Isto posto, resta evidente que o princípio da boa administração acaba por demandar uma concepção sustentável do sistema de compras públicas, seja ela plenamente vinculante ou não.

#### **e) Princípio da sustentabilidade**

Atualmente, não há uma defesa da integração da sustentabilidade apenas aos procedimentos de compras públicas. A sustentabilidade vem, a cada dia que passa, tornando-se um valor transversal a todo o direito, de forma que há inclusive quem

---

<sup>179</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de, *O princípio...*, pp. 1-6.

<sup>180</sup> FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>181</sup> A título de exemplo: RAIMUNDO, Miguel Assis, **Os princípios do novo CPA...**, pp. 285-293; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 36-37.

<sup>182</sup> Exemplificam tal posição: MONCADA, Luís Cabral de. Introdução. Os princípios gerais de direito administrativo. Seu conteúdo, tipologia e alcance. In **Em homenagem ao professor doutor Freitas do Amaral**. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 709-710; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 32-33.

argumente configurar um princípio constitucional implícito<sup>183</sup>, portanto vigente nas diferentes ordens constitucionais independente de previsão expressa. Assim, a atividade administrativa, como um todo, não fugiria à sua incidência, tornando-se um dever da Administração comportar-se de forma sustentável em detrimento de um modelo predatório<sup>184</sup>, o que importaria uma verdadeira revolução do direito administrativo, visto as mais diversas repercussões da incidência deste novo princípio<sup>185</sup>.

A dificuldade, todavia, reside na delimitação do conteúdo de tal princípio, visto a sustentabilidade ser um conceito pouco determinado e conjugador de noções das mais diferentes áreas do conhecimento (ecologia, economia, ciências sociais...). Em razão disto, há quem argumente a necessidade de limitar tal princípio à dimensão ambiental da sustentabilidade<sup>186</sup>. O que, todavia, nos parece um equívoco, tendo em vista a interdependência entre as dimensões, a qual faz com que a verificação isolada da sustentabilidade ambiental não seja suficiente para garantir uma autêntica sustentabilidade, até mesmo sob a ótica ecológica, como explicado anteriormente (tópico 2, capítulo II).

Pensamos que o conteúdo do princípio jurídico da sustentabilidade deve ser buscado no conceito de desenvolvimento sustentável<sup>187</sup>. Assim, o princípio da sustentabilidade deve ser interpretado como a prescrição de que a satisfação das atuais necessidades ocorra sem que se comprometa a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades, contemplando tanto uma dimensão ambiental, quanto social e econômica.

Nessa linha, a relevância deste princípio na formulação de um sistema de compras públicas sustentável se demonstra evidente: a incidência do princípio, ao prescrever um modelo de Administração alinhado ao ideal de sustentabilidade, determina que todas as suas atividades ocorram de forma sustentável, inclusive as compras públicas.

---

<sup>183</sup> CANOTILHO, José J. Gomes. O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhnē – revista de estudos politécnicos**, n.º 13, 2010. [Consult. 22 Mar. 2020] Disponível em WWW: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-99112010000100002](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002).

<sup>184</sup> OTERO, Paulo, **Manual...**, pp. 139-146.

<sup>185</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 205-318.

<sup>186</sup> BOSSELMANN, Klaus. **The principle of sustainability: transforming law and governance**. Hampshire: Ashgate, 2008, ebook, pp. 43-77.

<sup>187</sup> Como faz, por exemplo: FREITAS, Juarez, **Sustentabilidade...**, pp. 115-126.

**f) O dever principiológico de contratar de forma sustentável e a ponderação de eventuais conflitos**

Como se percebe, há uma obrigatoriedade de sujeitar os procedimentos de contratação a uma noção de sustentabilidade nos Estados contemporâneos, mesmo quando ausente um autêntico sistema de compras sustentáveis, como um conjunto coerente e completo de regras expressas formuladas com tal fim. Tal dever decorre dos diversos princípios acima enumerados, comuns às mais diferentes ordens constitucionais ocidentais, cujas razões determinam a sujeição dos procedimentos de contratação a um ideal de sustentabilidade: os princípios da prossecução do interesse público, da boa administração e da sustentabilidade.

Todavia, é natural que se questione a vinculatividade de tal dever fruto dos princípios citados, visto tratar-se de dever demasiado genérico e impreciso, como é comum aos princípios<sup>188</sup>. Afinal, guiar o agir administrativo por princípios é sempre um problema, pois provoca uma indeterminação e subjetividade que não pode caracterizar a gestão de recursos públicos<sup>189</sup>. Inconveniente que, como é óbvio, se agrava quando estamos a nos referir a procedimentos de contratação pública<sup>190</sup>. Assim, é preciso perceber que tal dever de submissão dos procedimentos de contratação a uma noção de sustentabilidade vincula a Administração de forma limitada, revelando muito mais valor na resolução de lacunas e na interpretação de dispositivos eventualmente ambíguos ou vagos, do que na derrogação de regras expressas.

No que toca ao domínio das regras legais expressas, elas só devem ser derrogadas em face de tal dever de compras sustentáveis em casos muito pontuais, quando, à luz do caso concreto, se configurar uma inquestionável e inaceitável violação do dever de sustentabilidade no procedimento de contratação<sup>191</sup>. Ou seja, o dever prescrito pelos princípios funciona mais como um recurso interpretativo para casos-limite, um *topos*, para quando a solução prevista pelo universo de regras, naquele caso concreto, se revela

---

<sup>188</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 100-102.

<sup>189</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para cétricos**. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 205-217.

<sup>190</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis, **A formação dos contratos...**, pp. 442-443.

<sup>191</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernandez, **Direito da contratação...**, pp. 52-64.

extremamente inadequada<sup>192</sup>, do que propriamente serve de fundamento dogmático capaz de efetivar um sistema de compras públicas sustentável.

E nestes casos revela-se importante a concretização dos princípios jurídicos que se pretende aplicar, mediante uma análise pormenorizada das consequências envolvidas tanto na aplicação do princípio, quanto numa eventual incidência da norma revogada, com o fim de demonstrar o caráter necessário da derrogação, em virtude do cenário benéfico daí decorrente. A aplicação dos princípios sem esta concretização apenas favorece a insegurança jurídica<sup>193</sup>, pelo que não pode ser cultivada. Este é um debate, inclusive, que ganhou notoriedade recentemente no direito brasileiro, em virtude da edição do novo art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, o qual proíbe a decisão “com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Assim, caberá ao ente competente por tomar a decisão observar as consequências de uma eventual aplicação do princípio, que podem possuir as mais diferentes naturezas, como a maximização do bem estar, o impacto financeiro, as consequências para as pessoas imediatamente impactadas pela decisão...<sup>194</sup>

Outrossim, tal obrigatoriedade de celebrar contratos sustentáveis carrega consigo a possibilidade de gerar eventuais conflitos, sendo o mais representativo destes o conflito entre os princípios da concorrência e da prossecução do interesse público, dada a centralidade que tais princípios assumem nos procedimentos de contratação<sup>195</sup>. Todavia também não se pode esquecer do conflito entre aquele e os princípios da boa administração e da sustentabilidade, bem como do embate entre todos estes princípios defesos de uma contratação pública sustentável e o princípio da igualdade.

E para a resolução de tais conflitos, como explica ALEX<sup>Y</sup><sup>196</sup>, não é possível identificar uma precedência absoluta de qualquer princípio sobre outro<sup>197</sup>, numa espécie de hierarquia rígida. O conflito entre princípios sempre demanda um sopesamento próprio, o qual dependerá das circunstâncias envolvidas em cada um dos problemas

---

<sup>192</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 186-188.

<sup>193</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público nas Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, 2018, pp. 22-27.

<sup>194</sup> VITORELLI, Edilson. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 19, n.º 78, 2019, pp. 203-209.

<sup>195</sup> MEDEIROS, Rui. Em defesa de uma perspectiva dualista na regulamentação da contratação pública. In **Estudos de homenagem a Mário Esteves de Oliveira**. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 685-695.

<sup>196</sup> ALEX<sup>Y</sup>, Robert, **Teoria dos direitos...**, pp. 158-163.

<sup>197</sup> Com opinião contrária: ÁVILA, Humberto, **Teoria dos princípios...**, pp. 149-161.

analisados, mas de acordo com uma certa lei, esta sim absoluta: “quanto maior for o grau de não satisfação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”<sup>198</sup>.

Embora a plena resolução do conflito só seja possível à luz do caso concreto, pois demanda o exame de elementos fáticos<sup>199</sup>, é possível e útil perceber certas tendências de solução, decorrentes da própria natureza dos princípios envolvidos. Nessa linha, primeiramente analisemos o conflito entre os princípios da igualdade e os princípios da boa administração, sustentabilidade e prossecução do interesse público.

O fiel da balança desse conflito é a liberdade de que o ente contratante dispõe para criar tratamentos diferenciados: caso se afirme a proibição de tratamentos distintos sem fundamento legal expresso, se estará a afirmar a precedência do princípio da igualdade sobre os demais, visto ser justamente esta a regra prescrita pelo mesmo; caso se afirme a possibilidade de tratamento distinto sem fundamento legal expresso, apenas com base em pretensa colaboração para a sustentabilidade, por exemplo, é porque os demais princípios são hierarquicamente superiores ao princípio da igualdade.

Nessa linha, a satisfação do princípio da igualdade tende a ser crucial, inclusive para os demais princípios que tem a sua satisfação diminuída. Isto porque, a garantia de igualdade de tratamento tende a ser imprescindível para uma efetiva competição, como já referido, a qual, por sua vez, é o meio mais idôneo de obter a própria satisfação de um dever de sustentabilidade, pois é a competição que garante a contratação da melhor opção, inclusive em termos de sustentabilidade. Por isto tende a ser tão importante que se satisfaça o princípio da igualdade, a ponto de justificar a não satisfação dos demais princípios.

O que também explica porque a precedência do princípio igualdade não deve, todavia, ser interpretada como uma proibição de qualquer tratamento discriminatório pró sustentabilidade, mas apenas daqueles sem fundamento legal expresso: a importância da sua satisfação decorre justamente da colaboração crucial que promove para obtenção de contratos sustentáveis; se a precedência da igualdade deixa de colaborar para tal fim, proibindo qualquer tratamento discriminatório pró sustentabilidade, perde justamente a importância que motivava a sua precedência.

Tal instrumentalidade também se verifica no princípio da concorrência: é justamente a competitividade pretendida pelo princípio que permite a celebração de um

---

<sup>198</sup> ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos...**, p. 167.

<sup>199</sup> ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos...**, p. 96.

contrato sustentável. O que acaba por sugerir uma mesma solução para eventuais conflitos entre o princípio da concorrência e os demais princípios advogados de uma contratação pública sustentável: o princípio da concorrência tende a preceder os demais, mas não numa relação de precedência absoluta. Isto porque, se o princípio da concorrência preceder de forma absoluta os demais, vedando reduções da competitividade em prol da sustentabilidade, ela provavelmente perderá a importância que justifica a não satisfação plena dos princípios da prossecução do interesse público, da boa administração e da sustentabilidade.

Por isto, o princípio da concorrência tendencialmente deverá ser satisfeito de forma precedente, de forma que restrições drásticas da competitividade tendem a não ser consideradas válidas, mesmo que relacionadas a uma pretensão de celebrar contratos sustentáveis. Mas também o princípio da concorrência não será satisfeito de forma absoluta, visto que tal não é capaz de justificar a não satisfação dos demais princípios.

Porém, é necessário reafirmar, tais soluções não passam de tendências decorrentes da natureza dos princípios envolvidos. Quando do efetivo exercício da ponderação, contudo, elementos do próprio caso concreto deverão ser ponderados, e poderão se revelar determinantes a ponto de levar a uma outra solução, nomeadamente as consequências de cada uma das possíveis decisões avaliadas, tal como pouco acima mencionado.

#### **4. As compras públicas sustentáveis e o direito internacional e comunitário**

Outra fonte capaz de gerar, para os Estados contemporâneos, um dever dogmático de contratação pública sustentável que independa das suas legislações domésticas são os tratados<sup>200</sup> internacionais, os quais podem ter o condão de vincular os entes contratantes independente da legislação nacional prever deveres de sustentabilidade para as compras públicas.

Assim, cuidamos de analisar algumas fontes jurídicas internacionais pertinentes ao debate sobre sustentabilidade nas compras públicas, com o fim de identificar se há algum dever internacional de contratação pública sustentável cujo cumprimento poderá ser exigido dos envolvidos na celebração de contratos públicos.

---

<sup>200</sup> Ao longo do trabalho será utilizado o termo tratado enquanto gênero, portanto, agregador das mais diferentes espécies: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 135-143.

Sendo certo, no entanto, que, como os tratados precisam ter sido assinados pelo Estado, além de tendencialmente precisarem sujeitar-se a procedimentos internos de validação, para suas disposições considerarem-se vigentes nas ordens nacionais<sup>201</sup>, da mera identificação a seguir de um tratado que eventualmente prescreva um dever de contratação sustentável não decorre que qualquer Estado contemporâneo está sujeito a este dever. É preciso analisar se o país preenche as duas condições referidas: assinatura do tratado e posterior ratificação do mesmo. E esta análise, por sua vez, só foi feita em razão das duas ordens jurídicas analisadas de formas mais detida ao longo desta investigação, a brasileira e a portuguesa, como já referido. Além disto, a maior relevância dos direitos brasileiro e português para este trabalho também influenciou a escolha dos tratados examinados, como também restringiu a escolha do direito comunitário a ser analisado. Por isto, ao contrário do que ocorreu no exame dos princípios, a conclusão aqui atingida não pode ser tida como aplicável à generalidade das ordens administrativas contemporâneas ocidentais, mas sim referente apenas aos Estados brasileiro e português.

Por fim, é preciso ressaltar que a não vinculação das fontes internacionais enumeradas a seguir por um determinado Estado não as torna absolutamente irrelevantes: apesar de tornar tais fontes incapazes de gerar um dever jurídico de submissão dos contratos públicos a uma lógica de sustentabilidade, tais normas internacionais muitas vezes acabam por se revelar um instrumento de *soft law* importante em reformas legislativas e práticas executivas<sup>202</sup>.

#### a) O direito internacional

Não é incomum que fontes de direito internacional relacionem os contratos públicos a um dever de sustentabilidade<sup>203</sup>. A Agenda 21<sup>204</sup> e o Plano de Implementação

---

<sup>201</sup> MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. Cascais: Principia, 2016, pp. 69-71.

<sup>202</sup> A título de exemplo, veja-se a experiência da força-tarefa de Marrakech: BACETI, Camila Moraes; ENMANUEL, Carlos-Andrés; YAKER, Farid. O trabalho do programa da Nações Unidas para o meio ambiente na promoção das compras públicas sustentáveis. In **Panorama de licitações sustentáveis – Direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 32-37.

<sup>203</sup> VILLAC, Teresa. Direito internacional ambiental como fundamento principiológico e de juridicidade para as licitações sustentáveis no Brasil. In **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 43-68.

<sup>204</sup> UNITED NATIONS. **Agenda 21**. Rio de Janeiro: 1992. [Consult. 24 Mar. 2020] Disponível em WWW: <https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21>.



da Declaração de Joanesburgo<sup>205</sup> – ambos assinados e ratificados pelos Estados brasileiro e português –, por exemplo, enumeram a necessidade de submeter as aquisições públicas a uma lógica ambiental e social. Todavia, como é de se esperar, o tratamento dado à matéria por tais fontes não restritas ao domínio dos contratos públicos é demasiado genérico, de forma que se revela pouco útil na formulação de deveres de contratação pública sustentável. O dever de sustentabilidade decorrente destas fontes é, assim, equivalente ao dever fruto da incidência dos princípios: demasiado indeterminado e, por consequência, pouco vinculativo, servindo apenas como recurso interpretativo para casos-limite.

Resta, então, analisar diplomas de direito internacional que se voltem estritamente sobre os contratos públicos, o que permite um tratamento mais exaustivo e capaz de gerar autênticos deveres de sustentabilidade na contratação pública. Todavia, nesta linha, são poucos os diplomas que possuem disposições pertinentes em matéria de sustentabilidade para os Estados brasileiro e português.

O primeiro deles é a Convenção n.º 94 da Organização Internacional do Trabalho (adiante, OIT), a qual foi assinada e ratificada apenas pelo Estado brasileiro<sup>206</sup>, não se aplicando aos contratos públicos portugueses. A convenção determina que os contratos públicos possuam cláusulas que prescrevam expressamente o dever de que os trabalhadores envolvidos nos serviços contratados pela Administração gozem de salário, horário e outras condições de trabalho que não sejam inferiores às gozadas pela mesma classe de trabalhadores fora daquela relação contratual. É uma clara medida de sustentabilidade social, destinada a proteger os trabalhadores, que, pela sua hipossuficiência, poderiam estar sujeitos à precarização das suas condições de trabalho em prol de uma redução dos custos do contrato visando a vitória no procedimento licitatório.

Em seguida, há a norma internacional de maior relevância em matéria de compras públicas, o Acordo sobre Contratos Públicos (doravante, ACP), da Organização Mundial do Comércio, o qual tem um grande potencial para promoção de compras sustentáveis

---

<sup>205</sup> UNITED NATIONS. **Johannesburg plan of implementation**. Joanesburgo: UN Department of Economic and Social Affairs, 2002. [Consult. 24 Mar. 2020] Disponível em WWW: [https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD\\_POI\\_PD/English/POIToc.htm](https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POIToc.htm).

<sup>206</sup> Podem surgir dúvidas quanto à validade da convenção na ordem jurídica brasileira, dada a sua denúncia em 1973. Porém, a denúncia foi revogada em 1974 (neste sentido: ZWICKER, Igor de Oliveira. A responsabilização objetiva da administração pública nos contratos de terceirização frente a Convenção n.º 94 da OIT. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**, vol. 48, n.º 95, 2015, pp. 77-100), Não à toa, o Decreto n.º 10.088/2019, que consolidou as recomendações e convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, faz menção à convenção, que corresponde ao anexo XXII.

nos diversos Estados signatários. Porém, em que pese o texto do acordo prever a criação de comitê voltado à sustentabilidade nas compras públicas<sup>207</sup>, já tendo promovido simpósio sobre a matéria<sup>208</sup>, tal potencial acaba por não ser exercido, visto que o acordo não disciplina questões atinentes à sustentabilidade nos contratos públicos, nem sequer prescreve um dever geral de sustentabilidade, como as normas internacionais anteriormente referidas. Em verdade, o acordo acaba por limitar os instrumentos legais utilizáveis pelos Estados na concepção de um sistema de compras sustentável: em que pese não impedir o uso estratégico dos contratos públicos<sup>209</sup>, o princípio da não-discriminação, diretriz nuclear do acordo, inevitavelmente, limita as possibilidades de uso dos contratos governamentais para promoção de políticas públicas, visto que parte dos instrumentos legais úteis para tanto está justamente vinculada a práticas discriminatórias<sup>210</sup>. É de se ressaltar que o ACP não se aplica aos contratos públicos brasileiros, mas incide sobre os contratos públicos portugueses<sup>211</sup>.

Por fim, não podem ser esquecidas as diretrizes do Banco Mundial<sup>212</sup>, as quais, embora não constituam um diploma internacional capaz de vincular sistemas de compras governamentais como um todo, tal qual os acima citados, têm o condão de vincular os contratos públicos eventualmente celebrados com financiamento da instituição, pelo que também constituem uma relevante fonte internacional em termos de contratação pública<sup>213</sup>. Estas, por sua vez, estão mais próximas do ACP do que da citada Convenção da OIT: não prescrevem autênticos deveres de sustentabilidade, apesar de preverem a possibilidade de uso estratégico dos procedimentos de compras, admitindo e regulando a estipulação de preferências para produtos e agentes econômicos nacionais, por exemplo. Todavia, as prescrições mandatórias das diretrizes cingem-se basicamente a aspectos relacionados à promoção da igualdade e da concorrência nos procedimentos de

---

<sup>207</sup> Artigo XXVII, n.º 8, inciso (a), alínea iii.

<sup>208</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. **Key take-aways from the committee's symposium on sustainable procurement**. Genebra: WTO, 2017. [Consult. 24 Mar. 2020] Disponível em WWW: docs.wto.org.

<sup>209</sup> A título de exemplo, esclarecendo a compatibilidade entre o ACP e o uso de rótulos sustentáveis: CORVAGLIA, Maria Anna. Public Procurement and Private Standards: Ensuring Sustainability Under the WTO Agreement on Government Procurement. **Journal of international economic law**, n.º 19, 2016, pp. 607-627.

<sup>210</sup> RODRIGUES, Nuno Cunha, **A contratação pública...**, pp. 151-159.

<sup>211</sup> CARVALHO, Raquel. **Direito da contratação...**, p. 14.

<sup>212</sup> WORLD BANK, **Guidelines procurement of goods, works, and non-consulting services under IBRD loans and IDA credits & grants by world bank borrowers**. Washington, D.C.: World Bank, 2014. [Consult. 03 mai. 2020] Disponível em WWW: <https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-policies-and-guidance#Guidelines>.

<sup>213</sup> GONÇALVES, Pedro Costa, **Direito dos contratos...**, pp. 51-52.

contratação, tal como questões relacionadas à publicidade e ao julgamento das propostas apresentadas.

Desta feita, o exame do direito internacional nos revela que não há, nessa instância, a prescrição de autênticos deveres de contratação pública sustentável, ao menos no que toca ao Brasil e Portugal. As fontes internacionais apenas preveem deveres genéricos, de pouca valia no cotidiano das compras públicas, sendo a Convenção n.º 94 da OIT uma exceção. Porém, também é possível notar que as normas internacionais condicionam de forma efetiva a liberdade dos Estados na criação do seu próprio sistema de compras públicas sustentável, como faz o ACP, o que não se vislumbra no domínio dos princípios, pelo que não se pode negar relevância para o direito internacional na investigação ora realizada: embora não prescrevam deveres de sustentabilidade, limitam a liberdade dos Estados de o fazerem mediante legislação doméstica.

#### **b) O direito comunitário da União Europeia e o Direito do MERCOSUL**

No que toca ao Brasil, não há vinculações no âmbito do MERCOSUL. Isto porque, embora já se tenha produzido dois protocolos referentes aos contratos públicos<sup>214</sup>, nenhum desses foi ratificado pelo Estado brasileiro, de forma que não há vinculação dos contratos nacionais às disposições do mesmo. Todavia, ainda que houvesse ocorrido a ratificação, o protocolo apenas prevê um dever genérico de sustentabilidade, prescrevendo que “os processos de contratação pública de bens e serviços serão orientados para promover o desenvolvimento sustentável dos Estados partes”. Assim, não haveria que se falar em um autêntico dever de sustentabilidade decorrente do tratado. O que também não pode ser interpretado como uma irrelevância do mesmo para a matéria. Isto porque o diploma, tal como o ACP, tem como núcleo de sentido a ideia de não discriminação, o que, como já referido, embora não impeça o uso estratégico dos contratos públicos, acaba por limitar os instrumentos procedimentais e contratuais utilizáveis em prol da sustentabilidade, visto que muitos são baseados em tratamentos discriminatórios. No caso do sistema de contratação pública brasileiro, a aplicação de tratamentos preferenciais para produtos e empresas nacionais, por exemplo, sofreria

---

<sup>214</sup> O atual protocolo data de 2017: MERCOSUL. **Protocolo de contratações públicas do MERCOSUL**. Brasília: MERCOSUL, 2017. [Consult. 25 Mar. 2020] Disponível em WWW: [https://www.mre.gov.py/tratados/public\\_web/ConsultaMercosur.aspx](https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx).

modificações<sup>215</sup>: se a legislação hoje prevê uma mera possibilidade de extensão do benefício para os bens e serviços originários do MERCOSUL<sup>216</sup>, a ratificação do protocolo tornaria isto uma obrigatoriedade.

Já no caso do Estado português, bem como dos demais Estados integrantes da União Europeia, o cenário é distinto. Isto porque a União Europeia tem um denso conjunto de normas disciplinadoras dos contratos públicos, no qual o tema da sustentabilidade tem, ao longo dos anos, recebido cada vez mais destaque<sup>217</sup>. Neste sentido, têm maior relevância três diretivas: a Diretiva 2014/23/EU, que disciplina a adjudicação dos contratos de concessão; a Diretiva 2014/24/EU, a qual trata da generalidade dos contratos públicos; e, por fim, a Diretiva 2014/25/EU, que versa sobre os contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Nessa linha, tais diretivas preveem autênticos deveres de sustentabilidade, os quais vinculam de forma inequívoca os Estados membros, sendo possível identificar deveres bastante específicos<sup>218</sup>: as três diretivas citadas<sup>219</sup> preveem o dever dos Estados Membros de assegurarem o respeito das normas de matéria ambiental, social e laboral, tanto as previstas em direito europeu e nacional, quanto as previstas em uma série de tratados internacionais<sup>220</sup> pelos agentes econômicos contratados; dever este com o qual se relacionam a compulsoriedade de fiscalizar o respeito por tais normas em caso de subcontratações<sup>221,222</sup>, bem como a obrigatoriedade de rejeitar propostas anormalmente

---

<sup>215</sup> Notando a relevância do protocolo, já na sua primeira versão, no tratamento preferencial dado às empresas de menor porte: WALKER, Priscila Benelli. Protocolo de contratações públicas para o MERCOSUL: Implicações para o Brasil. **Pontes**, vol. 1, n.º 2, 2005, pp. 15-17.

<sup>216</sup> Art. 3.º, §10.º, da Lei 8.666/93.

<sup>217</sup> Constatando 3 gerações distintas, com uma contínua ascensão da sustentabilidade na disciplina europeia dos contratos públicos: D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. Contratação pública sustentável no direito europeu e português: reflexões sobre a sua evolução e a Diretiva 2014/24/EU. **Revista dos contratos públicos**, n.º 14, 2014, 103-153.

<sup>218</sup> ARROWSMITH, Sue, **The law of public...**, vol. II, pp. 722-729.

<sup>219</sup> Art. 30.º, n.º 3, da Diretiva 2014/23/EU; Art. 18.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24/EU; Art. 36.º, n.º 2, da Diretiva 2014/25/EU.

<sup>220</sup> Pode-se questionar porque tais tratados não foram referidos quando analisada a existência de deveres de -sustentabilidade à luz das fontes de direito internacional. Isto ocorreu porque tais tratados – ao contrário da convenção n.º 94 da OIT citada, por exemplo – não dizem respeito aos contratos públicos. Pelo que sua incidência sobre os mesmos e consequente produção de deveres de sustentabilidade decorre de opção do direito europeu manifestada através de suas diretivas. Ou seja, os deveres de sustentabilidade não surgiram em decorrência da mera validade de tais tratados, mas sim da opção do direito comunitário europeu.

<sup>221</sup> Art. 42.º, n.º 1, Diretiva 2014/23/EU; Art. 71.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/EU; Art. 88.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/EU.

<sup>222</sup> Estes dois deveres são os menos vinculativos dos enunciados aqui, em razão da sua indeterminação quanto às medidas a serem adotadas, como bem explica: WIESBROCK, Anja. Socially responsible public procurement: european value or national choice?. In **Sustainable public procurement under EU Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 78-84 e 87-89.

baixas em decorrência da violação de obrigações legais em tais domínios<sup>223</sup>; além disto, todas as diretivas<sup>224</sup> também prescrevem a obrigação dos Estados membros desclassificarem concorrentes que tenham sido condenados, com trânsito em julgado, por participação em organização criminosa, corrupção, fraude, infrações terroristas ou relacionadas a tanto, branqueamento de capitais, trabalho infantil, ou tráfico de pessoas; as diretivas sobre os contratos públicos<sup>225</sup> e sobre os contratos das entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais<sup>226</sup> estabelecem ainda para os Estados o dever de formular os critério de adjudicação tendo em conta a acessibilidade das pessoas com deficiência; ambas<sup>227</sup> também determinam a primazia da divisão em lotes do objeto do contrato, prevendo um dever de fundamentação quando não realizada a divisão.

Mas há ainda deveres de sustentabilidade que decorrem de outras diretivas<sup>228</sup>. A Diretiva 2009/33/CE, em seu art. 5.º, prescreve a necessidade de os Estados membros observarem certos padrões de eficiência energética e emissão de gases poluentes, quando adquirem veículos de transporte rodoviário. Outrora, a Diretiva 2012/27/EU, em seu art. 6.º, determina que as Administrações centrais dos Estados membros apenas adquiram produtos, serviços e edifícios com elevada eficiência energética.

Ou seja, como se percebe, o direito comunitário europeu é responsável por estabelecer uma série de deveres de sustentabilidade que vinculam de forma bastante clara e precisa seus Estados membros, como Portugal, e que contemplam, em seu conjunto, as três dimensões da sustentabilidade.

Porém, também é preciso ressaltar que o direito comunitário europeu não apenas cria deveres de sustentabilidade, mas também limita o uso estratégico da contratação pública. O Tratado de Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE), principalmente através dos princípios da não discriminação dos Estados membros e da livre circulação de bens e serviços, tem, por vezes, o mesmo condão do ACP, limitando os instrumentos utilizáveis no uso estratégico da contratação pública, embora não o impeça em sua totalidade: assim, por exemplo, o uso dos contratos públicos para o

---

<sup>223</sup> Art. 69.º, da Diretiva 2014/24/EU; Art. 84.º, da Diretiva 2014/25/EU.

<sup>224</sup> Art. 38.º, n.º 4, da Diretiva 2014/23/EU; Art. 57.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/EU; Art. 80.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/EU.

<sup>225</sup> Art. 42.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/EU.

<sup>226</sup> Art. 60.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/EU.

<sup>227</sup> Art. 46.º, da Diretiva 2014/24/EU; Art. 65.º, da Diretiva 2014/25/EU.

<sup>228</sup> ARROWSMITH, Sue, **The law of public...**, vol. II, pp. 729-732.

desenvolvimento de políticas industriais nacionais é, a princípio, proibida<sup>229</sup>, por violar a regra de livre circulação de bens e serviços; mas certas discriminações, como as relacionadas à definição do produto, são aceitas, mesmo que acabem por beneficiar um determinado Estado membro em detrimento de outro<sup>230</sup>. Inclusive, é nesta seara que o Tribunal de Justiça da União Europeia (adiante, TJUE) possui grande relevo, tendo proferido decisões que são cruciais para entender a compatibilidade do uso estratégico da contratação com o TFUE, onde merecem destaque<sup>231</sup> os casos *Gebroeders Beentjes vs Netherlands*<sup>232</sup>, *Nord-pas-de-Calais vs Comissão*<sup>233</sup>, *Concordia Bus Finland vs Helsingin kaupunki*<sup>234</sup>, *Comissão vs Netherlands*<sup>235</sup>. Sendo certo que as limitações decorrentes do TFUE, inclusive, incidem até mesmo sobre os contratos que não estão sujeitos às diretivas, quando verificado o interesse transfronteiriço<sup>236</sup>.

Devendo-se ressaltar esta convivência harmônica entre o combate a práticas discriminatórias e a satisfação de demandas sustentáveis que se verifica na legislação comunitária europeia, visto ser um claro indicativo que tal conciliação é plenamente possível, não havendo porque ser afastada por atores internacionais demasiado preocupados com a promoção da competição internacional.

## 5. A contratação pública sustentável é um dever dos Estados contemporâneos?

Como destacado desde o princípio do presente capítulo, optamos por analisar o problema que enuncia este tópico tanto sob o viés dogmático, quanto sob o viés zetético. E, como também explicamos, o viés zetético é marcado por uma constante reflexão, de forma que as respostas encontradas são sempre postas em dúvida. Assim, afirmar a existência de um “dever zetético” dos Estados contemporâneos de promover seus

---

<sup>229</sup> ARROWSMITH, Sue, *The law of public...*, vol. II, pp. 735-738.

<sup>230</sup> ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. EC regulation of public procurement. In **Social And Environmental Policies In Ec Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 55-87.

<sup>231</sup> Tendo em vista que o objetivo deste tópico não é o de promover uma análise de todo o sistema de compras públicas europeu, mas apenas o de investigar a existência de deveres de sustentabilidade, optou-se por não analisar de forma detida os Acórdãos. Todavia, uma análise pormenorizada de cada um destes casos, expondo como o TJUE conciliou disposições do TFUE com o uso estratégico dos contratos públicos, além da análise casos menos paradigmáticos pode ser encontrada em: BOVIS, Christopher. **The law of EU public procurement**. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 477-489.

<sup>232</sup> Acórdão do TJUE, processo n.º 31/87, julgado em 20/09/1988.

<sup>233</sup> Acórdão do TJUE, processo n.º C-225/98, julgado em 26/09/2000.

<sup>234</sup> Acórdão do TJUE, processo n.º C-513/99, julgado em 17/09/2002.

<sup>235</sup> Acórdão do TJUE, processo n.º C-368/10, julgado em 10/05/2012.

<sup>236</sup> GONÇALVES, Pedro Costa, **Direito dos contratos...**, pp. 55-57.

procedimentos de contratação pública de forma sustentável pode soar mesmo contraditório, já que a permanente reflexão envolta numa abordagem zetética acaba por conflitar com a ideia de uma obrigação absoluta e inquestionável que marca o uso da noção de dever no ambiente jurídico. Por isso, nos parece necessário ressaltar que, quando afirmamos que um sistema de contratação pública sustentável é um dever dos Estados contemporâneos, sob a ótica zetética, estamos apenas a afirmar que, por agora, o modelo de contratação pública sustentável se revela a melhor técnica legislativa. Mas isto até agora.

Esta ressalva é relevante para que a defesa de um sistema de compras sustentáveis não se confunda com uma confiança cega no mesmo. Diante das informações atualmente possuídas, um sistema de compras sustentáveis aparenta ser, de fato, o sistema mais justo, pois parece garantir de forma mais aprimorada o uso dos recursos públicos no combate das desigualdades, bem como é a opção regulatória que melhor promove a aplicação destes recursos de acordo com uma equidade intergeracional, valor que será a partir de agora cada vez mais relevante para a sociedade global. Além disso, as experiências até o momento praticadas indicam que ele tende a não provocar um aumento dos custos, somente o fazendo em situações excepcionais em que a despesa imediata mais elevada se revela mais produtiva, sendo, portanto, mais eficiente que o modelo até então absoluto, baseado exclusivamente na perseguição do *best value for money*.

Porém, esta conclusão adveio de uma abordagem zetética, e, justamente por isso, precisa ser permanentemente colocada sob exame. Principalmente porque ainda são poucas as ordens jurídicas que têm promovido um autêntico sistema de compras sustentáveis. E, mesmo nestes países, trata-se de realidade nova, que ainda foi pouco experimentada. Ou seja, trata-se de um novo mundo, ainda pouco explorado e que, certamente, levantará novas questões a medida em que se tornar mais conhecido.

Ou seja, a adoção de um sistema de contratação pública sustentável nos parece, sim, um dever dos Estados contemporâneos, sob o ponto de vista zetético. Pois representa a melhor opção legislativa, na medida em que mais justa e eficiente. Mas, justamente por tratar-se de um “dever zetético”, tal conclusão deverá estar sob permanente exame, principalmente tendo em conta o teste proporcionado pelas diversas experiências nos diferentes países.

Por sua vez, sob a ótica dogmática, se identifica que a sustentabilidade é um dever dos Estados contemporâneos, independente do que diga a sua legislação doméstica. Mas, no entanto, tal dever se apresenta de formas distintas, a depender da sua fonte. Como

vimos, o domínio dos princípios revela um dever de sustentabilidade, e isto em decorrência de princípios comuns às mais diversas ordens constitucionais ocidentais, como o princípio da prossecução do interesse público. No entanto, como é de se esperar de um dever decorrente de um princípio jurídico, é um dever extremamente impreciso e, por consequência, pouco vinculativo. Além de, pela sua natureza principiológica, poder ser eventualmente afastado quando em choque com outros princípios.

Ademais, o exame dos casos brasileiro e português demonstra que os direitos internacional e comunitário podem se revelar uma ferramenta mais eficiente na vinculação dos Estados, criando autênticos deveres de sustentabilidade, capazes de obrigar de forma clara e expressiva as nações, independente do que diga a legislação nacional. É o caso da Convenção n.º 94 da OIT, no que toca ao Brasil, e algumas diretivas da União Europeia, no que toca a Portugal. Porém, a verdade é que o direito internacional, hoje, mais colabora para limitar as possibilidades de instrumentalização das compras públicas do que para promover o seu uso estratégico, visto ainda permanecer muito mais focado em preocupações estritamente comerciais, como a abertura dos mercados, motor histórico dos tratados internacionais sobre a matéria<sup>237</sup>. Como vimos, o ACP, a principal legislação internacional sobre contratos públicos não traz qualquer disposição relevante em relação à sustentabilidade dos procedimentos de compra, embora positive princípios e regras que condicionam o uso das compras públicas para promoção de políticas públicas.

Desta feita, resta concluir que, apesar de o direito internacional e comunitário se revelarem de extrema utilidade na vinculação dos Estados Contemporâneos para o desenvolvimento de compras governamentais sustentáveis, nem sempre são ferramentas adequadamente utilizadas. Pelo que não é incomum que o legislador doméstico ainda goze de ampla liberdade na opção ou não por um modelo de compras públicas sustentável, como é o caso do Brasil.

Devendo-se observar, todavia, que ao exercer esta liberdade, o legislador nacional poderá fazê-lo das mais diferentes formas, inclusive através de diplomas legislativos que não digam respeito exclusivamente aos contratos públicos. É preciso estar atento a diplomas que, em que pese seu foco ambiental mais amplo, são pertinentes e podem prescrever obrigações relevantes na celebração de contratos governamentais. Este é um fenómeno que se nota, inclusive, nos dois países melhor estudados aqui: Portugal e Brasil.

---

<sup>237</sup> VIANA, Cláudia. A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional. In **Estudos da contratação pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, Vol. I, pp. 23-49.



A Lei de Bases da Política de Ambiente (Lei. n.º 19/2014), em Portugal, por exemplo, prescreve em seu art. 13.º, a transversalidade da política de ambiente, a qual deverá ser considerada “em todos os sectores da vida económica, social e cultural”, inquestionavelmente abrangendo os contratos públicos. No Brasil, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n.º 12.305/2010) prescreve expressamente, em seu art. 7.º, inciso XI, a prioridade nas compras públicas para produtos reciclados e recicláveis, bem como para objetos que revelem um padrão de consumo sustentável.

No entanto, a baixa relevância do direito internacional no que toca à sustentabilidade nas compras públicas é uma realidade que precisa ser alterada. Principalmente porque a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente são temas de inquestionável vocação internacional<sup>238</sup>. Afinal, a sustentabilidade ambiental cada vez mais se torna um valor básico, cuja defesa não deve conhecer fronteiras, tal como já o são os direitos humanos, inclusive porque a poluição e a destruição da camada de ozônio, por exemplo, não conhecem limites territoriais. Assim, é preciso que os instrumentos internacionais reconheçam a compatibilidade entre a promoção da concorrência internacional, a persecução do *best value for money* e a busca do *social best value* e passem a efetivar este último com maior frequência, tal como já fazem em relação aos primeiros. Devendo fazê-lo, inclusive, através de previsões legais que efetivamente obriguem os contratantes, criando autênticos deveres de sustentabilidade. Afinal, a mera previsão de permissões de uso estratégico dos contratos públicos tende a não se converter em procedimentos de contratação de fato sustentáveis, além de as formulações vagas e imprecisas normalmente utilizadas para este fim apenas criarem arestas que podem comprometer a competição e transparência dos procedimentos<sup>239</sup>.

#### **IV. Como efetivar um sistema de contratação pública sustentável**

O uso estratégico das compras governamentais é tradicionalmente abordado sob uma ótica individual, analisando-se a instrumentalização isolada dos procedimentos de contratação ou da execução dos contratos. Ou seja, os escritos normalmente analisam

---

<sup>238</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Editora Atlas, 2002, vol. I, pp. 335-337 e 407-410.

<sup>239</sup> WIESBROCK, Anja. Socially responsible public..., pp. 75-98.

como fazer para incluir a promoção de políticas públicas em um determinado procedimento de contratação, ou contrato por executar: examina-se, então, a relevância do critério de adjudicação para internalizar custos ambientais; a utilidade de vantagens conferidas a determinados grupos de agentes econômicos privados; a importância de calcular custos indiretos do objeto a ser contratado...

E esta é, de fato, uma abordagem importante. Um sistema de compras governamentais não será sustentável se não soubermos como tornar sustentáveis cada um dos procedimentos de contratação e contratos que o compõem. Todavia, para além de uma análise individual, faz-se necessária também uma análise de conjunto, do sistema de compras como um todo. Primeiramente porque a mera sujeição individual dos contratos a uma lógica de sustentabilidade não garante que o sistema de contratação em si, enquanto um todo, é de fato sustentável. A análise global pode identificar desequilíbrios capazes de comprometer a capacidade do sistema de contratação de colaborar para um desenvolvimento sustentável. Além disso, agora já falando sob uma ótica global, a governança de um sistema de contratação pública sustentável possui peculiaridades, as quais precisam ser conhecidas, para serem adequadamente enfrentadas.

Por isto, o presente tópico buscou tratar da efetivação de um sistema de contratação pública sustentável tanto sob uma ótica individual, quanto coletiva. Assim, são analisados aspectos relativos à efetivação de políticas públicas nos contratos públicos individualmente, mas também é examinada a importância da governança num sistema de contratação pública sustentável, sempre a partir das suas peculiaridades.

Mais, convém ainda ressaltar que o uso estratégico dos contratos públicos em prol de políticas econômicas, ambientais ou sociais não conhece limites. A realidade sempre se encarregará de demonstrar novas formas de instrumentalizar os procedimentos de contratação ou a execução dos contratos públicos, bem como poderá revelar problemas naquelas formas já utilizadas. Assim, as diretrizes aqui expostas, bem como as dificuldades e riscos identificados, não representam um rol taxativo acerca dos meios de efetivação da sustentabilidade nas compras governamentais. Em verdade, apenas pretendem representar uma síntese do estado da arte acerca dos problemas mais enfrentados e instrumentos mais utilizados pelos diferentes sistemas de contratação ao redor do globo. Nessa linha, é muito bem empregue a metáfora utilizada por

ARROWSMITH<sup>240</sup> ao nomear de taxonomia a sua classificação dos meios de efetivação da sustentabilidade nas compras públicas: é uma classificação que se reconhece contextual, pronta para ser eventualmente reorganizada pela descoberta de “novas espécies”.

Tampouco devendo o conjunto de instrumentos aqui identificado ser interpretado como obrigatório para qualquer sistema de contratação pública que se pretenda sustentável. Como já referimos, todo sistema de contratação pública é contextual, pois não poderá ser compreendido fora do seu contexto histórico e geográfico. Assim, não há que se afirmar um conjunto de características pretensamente universais, o qual desconsidera os contextos de cada ordenamento jurídico nacional. Ou seja, o conjunto de instrumentos aqui identificados é, antes, um conjunto meramente indicativo de diferentes maneiras de promoção da sustentabilidade, o qual poderá – e deverá – ser adaptado em face da realidade normativa de cada Estado.

Esclarecidas tais questões, iniciemos pela análise de diretrizes que devem ser aplicadas à generalidade dos contratos públicos e que devem ser consideradas pelo ente contratante independente do meio de efetivação utilizado.

## **1. Diretrizes para inclusão de políticas públicas nas compras governamentais**

A promoção de um contrato público sustentável sempre demandará a análise de aspectos estritamente contingenciais, como, por exemplo, a natureza do contrato a celebrar, bem como a natureza do seu objeto, ou até mesmo a própria localidade em que o contrato será executado, visto que a avaliação da sustentabilidade do contrato público sempre exige a sua contextualização com as especificidades do território<sup>241</sup>. Cada um destes aspectos, bem como vários outros que não foram nominalmente citados, tem o condão de minorar ou majorar os impactos econômicos, sociais e/ou ambientais das compras públicas, pelo que sempre será necessário, para o desenvolvimento de procedimentos de contratação pública sustentável, a observância de aspectos contingenciais, não sendo possível guiar-se unicamente por diretrizes gerais. A título de exemplo: se o objeto do contrato for a contratação de serviço de tratamento de lixo, por exemplo, o impacto ambiental estará muito mais na execução do contrato do que se

---

<sup>240</sup> ARROWSMITH, Sue. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In **Social And Environmental Policies In Ec Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 108-146.

<sup>241</sup> ROSSETTI, Suzana M, **Processos de contratação pública...**, pp. 52-53.

considerarmos um contrato cujo objeto compreenda o fornecimento de material de escritório, onde a inclusão de demandas ambientais recairá, sobretudo, na definição das especificidades técnicas daquilo que irá se adquirir, sendo preciso, por exemplo, exigir que o papel fornecido seja papel reciclado; outrora, se o objeto do contrato configura uma obra, as práticas que deverão ser observadas com o fim de garantir a execução da obra de forma ecologicamente adequada dependerão em absoluto das características ambientais do local em que o contrato será executado, visto que os cuidados ambientais irão variar de ecossistema para ecossistema. Como se percebe, os contratos públicos, para serem sustentáveis, sempre demandarão o exame de elementos contingenciais.

Mas, apesar desta permanente contingência, é possível identificar algumas diretrizes gerais que, embora não sejam suficientes, são relevantes para a generalidade dos procedimentos de contratação, principalmente quando se pretende não apenas promover um procedimento de contratação sustentável, mas sim desenvolver um conjunto coerente de procedimentos sustentáveis, ou seja, um autêntico sistema de compras sustentável. São estas diretrizes gerais que desenvolveremos a seguir.

Sendo certo, contudo, que, como explicado na introdução, ao longo da presente investigação concentramo-nos naquelas novas questões decorrentes da integração de demandas sustentáveis nos sistemas de compras; portanto, sem a pretensão de tratar de questões que já são abordadas pela teoria geral dos contratos públicos. Assim, não enumeramos aqui diretrizes gerais como a necessidade de prévia comunicação dos critérios de sustentabilidade, ou a necessidade de critérios objetivos de sustentabilidade. Não porque tais diretrizes não sejam importantes – pois são –, mas apenas porque não referem-se à questões propriamente novas e específicas de uma contratação pública sustentável, visto que a prévia comunicação dos critérios de julgamento das propostas, bem como a objetividade dos mesmos, por exemplo, já são diretrizes da teoria geral dos contratos públicos, que as identifica como um fruto do princípio da concorrência<sup>242</sup>.

#### **a) Preferência por parâmetros de sustentabilidade ao alcance do mercado**

O uso estratégico das compras governamentais pode ocorrer tanto através de aspectos estritamente relacionados à execução do contrato – como quando a execução do

---

<sup>242</sup> Neste sentido: OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, **Concursos e outros procedimentos...**, pp. 193-195.

contrato exige o fornecimento de insumos ambientalmente sustentáveis –, quanto pode acontecer mediante aspectos que vão além do próprio contrato – por exemplo, se for exigido do agente privado que todo o seu quadro de funcionários, não apenas aquele vinculado à execução do contrato, seja composto, em uma certa porcentagem, por uma determinada minoria étnica<sup>243</sup>.

Muitas vezes<sup>244</sup> a escolha por um ou outro modelo caberá ao ente contratante, sendo a determinação do modelo mais adequado dependente do tipo de política pública que se pretende desempenhar. Em algumas situações, poderá se revelar suficiente considerar apenas aspectos relacionados unicamente à execução do contrato, como quando o ente contratante apenas pretenda garantir que o seu consumo ocorra de forma sustentável. Enquanto em outros casos poderá se revelar necessário ir além do cumprimento contratual: é o caso, por exemplo, de quando o ente adjudicante pretende influenciar a cadeia de abastecimento do agente contratado, cenário em que poderá ser útil, para gerar mais impacto, exigir que não apenas o contrato seja executado de acordo com padrões de sustentabilidade, mas também que toda a atividade comercial do contratado o faça.

Todavia, independente do modelo adotado, é importante que o contratante busque fixar parâmetros que estejam ao alcance dos eventuais competidores, com o fim de não comprometer de forma excessiva a competitividade do procedimento de contratação<sup>245</sup>. Regra que deve ser tida em conta com ainda mais atenção quando estivermos a tratar de aspectos que vão além da execução do contrato, dada a sua maior capacidade de restrição da competitividade, por normalmente compreenderem um maior ônus para o agente econômico privado<sup>246</sup>, podendo, portanto, ser mais facilmente utilizados para enviesar o procedimento de contratação. Nessa linha, no Brasil, o Tribunal de Contas da União (doravante, TCU) já há muito ressalta a necessidade de que os entes licitantes promovam uma integração progressiva da sustentabilidade nos seus procedimentos de contratação, a qual, ao invés de começar pelo nível ótimo de sustentabilidade, inicie em níveis pouco

---

<sup>243</sup> ARROWSMITH, Sue, A taxonomy of..., pp. 121-127.

<sup>244</sup> Em alguns casos a ponderação de determinados aspectos pode decorrer de exigência legal, hipótese em que não haverá discricionariedade do ente contratante. Como, por exemplo, se a legislação prescrever que a compra de determinado equipamento deverá obedecer certos parâmetros de eficiência energética (aspecto que diz respeito à própria execução do contrato), ou se a lei determinar margens de preferência para produtos nacionais (aspecto que vai além da execução do contrato). Além disso, há casos em que o próprio ordenamento jurídico incidente reduz a margem de escolha do ente contratante, em virtude do receio de que a consideração de aspectos não vinculados à execução do contrato possa conduzir à restrições excessivas da competitividade (ARROWSMITH, Sue, **The law of public...**, vol. II, pp. 704 e 762-763).

<sup>245</sup> ROSSETTI, Suzana M, **Processos de contratação pública...**, p. 156.

<sup>246</sup> ARROWSMITH, Sue, A taxonomy of..., pp. 126-127.

anteriores, avançado paulatinamente, inclusive como forma de incentivar a participação dos agentes econômicos privados nos procedimentos de contratação ao facilitar a adaptação de suas atividades a padrões de sustentabilidade, o que, em última instância, amplia o impacto dos procedimentos de contratação<sup>247</sup>.

Quando a demanda sustentável que se pretende implementar implicar uma excessiva redução da competitividade, mas for de fato desejável, uma solução conciliatória pode ser a fixação de remuneração variável a ser calculada de acordo com o sucesso do contratado em concretizar tais demandas sustentáveis. Inclusive, tal instrumento será abordado de forma mais aprofundada abaixo, quando examinados os meios de efetivação relacionados à execução do contrato.

Devendo-se, no entanto, tal regra de preferência por parâmetros acessíveis para o mercado ser interpretada com certa parcimônia. Isto porque é possível que a Administração efetivamente necessite de soluções sustentáveis que não sejam tão acessíveis aos agentes privados. Como mencionamos mais acima, nem sempre a obtenção da melhor solução coincide com uma ampla competitividade, pelo que a concorrência não deve ser entendida como um valor absoluto. Por isto, nos parece que tal diretriz de preferência por parâmetros acessíveis deve ser interpretada como apenas prescrevendo um dever de fundamentação adicional<sup>248</sup>, circunscrito à necessidade daquela demanda sustentável incluída no procedimento de contratação e causadora da excessiva restrição da concorrência. Estando suficientemente justificada a necessidade de opção do contratante por aquele parâmetro tomado por demasiado restritivo, não haverá que se questionar a validade de tal escolha.

## **b) Foco em pontos de estrangulamento e potenciais externalidades positivas**

Em um sistema de compras sustentável, o ideal seria que cada contrato público fosse capaz de, por si só, desempenhar as mais variadas políticas públicas, efetivando

---

<sup>247</sup> Acórdão do TCU, processo n.º 003.405/2010-9, julgado em 08/06/2010.

<sup>248</sup> Falamos em dever de fundamentação *adicional* tendo em vista que a mera opção pela celebração do contrato em si já exige uma fundamentação, cujo conteúdo deverá se vincular à identificação do interesse público que se pretende satisfazer e as razões que indicam a celebração daquele contrato como meio mais idôneo para tanto (CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 656-676). Ou seja, em tais casos, para além de precisar demonstrar por que pretende celebrar o contrato, o ente contratante precisará fundamentar por que precisa incluir aquela demanda sustentável, apresentando justificativa proporcional à restrição da concorrência verificada.

todas as dimensões da sustentabilidade. Todavia, isto não é possível. Constitui um equívoco pensar que um único contrato será capaz de desempenhar uma ampla variedade de políticas públicas. A integração de políticas públicas nos procedimentos de contratação comumente provoca uma maior complexidade, a qual pode ainda ser acompanhada por um aumento dos custos, sejam eles os custos de transação envolvidos no planejamento e promoção do procedimento ou os decorrentes de um eventual encarecimento do objeto a adquirir<sup>249</sup>. Por isto, não é útil que os entes contratantes pretendam incluir em seus contratos públicos uma ampla variedade de políticas públicas.

Mais útil é sujeitar a integração de políticas públicas a um juízo de eficácia: implementar apenas aquelas políticas públicas em cuja persecução o contrato possa efetivamente colaborar<sup>250</sup>. Seja porque o contrato tem um alto potencial lesivo, de forma que integrar a política pública pode reduzir ou até mesmo neutralizar tal potencial negativo (pontos de estrangulamento), ou porque o contrato tem um alto potencial benéfico (potenciais externalidades positivas), que não pode ser ignorado. Alguns desses pontos de estrangulamento ou potenciais externalidades positivas, inclusive, são já amplamente conhecidos, em decorrência das experiências acumuladas pela Administração ao longo das suas políticas de compras: por exemplo, no fornecimento de papel, exigir que o mesmo seja reciclado pode se revelar eficiente para reduzir o impacto ambiental; já no fornecimento de iluminação pública, a exigência de fontes limpas pode também reduzir o impacto ambiental ou até mesmo colaborar para o desenvolvimento da indústria verde<sup>251</sup>...

Sendo certo que tal juízo de eficácia deve ser aplicado não apenas sob uma ótica individual, ou seja, tendo em vista os contratos públicos e seus procedimentos de contratação de forma isolada, mas também sob uma ótica sistemática, tendo em vista o conjunto de contratos e procedimentos de contratação a ser celebrado por aquela entidade. A implementação de políticas públicas, como já se pode depreender de tudo o que foi dito ao longo do escrito e será analisado mais abaixo, provoca uma maior complexidade, o que em parte decorre da necessidade de constante manuseio de dados adicionais, seja para decidir em quais políticas focar, seja para avaliar o impacto e eficiência das políticas incluídas em contratações já realizadas. Por isto, tenderá a ser menos eficiente que uma

---

<sup>249</sup> Identificando de forma bastante clara os riscos de maiores complexidade e custos nas compras socialmente sustentáveis, por exemplo: EUROPEAN UNION, **Buying social - a guide...**, p. 16.

<sup>250</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 39-40.

<sup>251</sup> Para mais exemplos: ESTORNINHO, Maria João, **Curso de direito dos contratos...**, pp. 436-437.

determinada instituição opte por implementar um número demasiado amplo de políticas, mesmo que limitando o número de políticas implementadas em cada contrato: além de diminuir o impacto, dada a diminuição de recursos aplicados em cada política, tal escolha traz consigo uma maior variedade de dados a serem analisados, e, portanto, uma maior complexidade, a qual pode ser prejudicial, tanto do ponto de vista de custos, quanto de gestão. Em síntese: é mais útil implementar um número reduzido de políticas, o fazendo em repetidos contratos, do que implementar um número amplo de políticas, cada uma delas integradas em poucos contratos. Por isto deverá a entidade contratante refletir sobre quais políticas se revelam mais importantes e de implementação propícia, ponderando aspectos como os referidos custos e a disponibilidade de dados, entre outros<sup>252</sup>.

A implementação de políticas públicas através dos contratos públicos, assim, deve ser seletiva. É preciso que as entidades contratantes foquem os seus recursos em determinadas políticas cujo potencial de colaboração se revela maior. Por mais que o desejo comum seja o de efetivar todas as políticas públicas possíveis, a realidade demonstra que isto é pouco útil e, na verdade, contraprodutivo.

### **c) Sujeição permanente a uma lógica de eficiência**

Como já referimos, as pesquisas até o momento desenvolvidas apontam que o uso estratégico dos contratos públicos, em média, tende a não provocar maiores custos, podendo até mesmo colaborar para reduzi-los. Todavia, como também já mencionamos, não se pode descartar as situações em que a contratação de soluções sustentáveis, de fato, importa em maiores custos para o ente contratante. Cenário em que se torna essencial a aplicação de um juízo de eficiência, com o fim de ponderar se a aplicação dos custos excedentes em outras políticas, mais específicas, não seria mais produtiva, tendo sempre em vista a colaboração do uso dos recursos públicos na promoção de um bem comum.

As principais questões relacionadas a tal juízo de eficiência já foram previamente analisadas, pelo que não cabe repeti-las aqui. O que se pretende com este tópico é reiterar a obrigatoriedade de tal juízo de eficiência para as entidades contratantes, o qual deve ser transversal a todos os contratos e procedimentos de contratação. A alocação ineficiente

---

<sup>252</sup> Expondo de forma pormenorizada tais aspectos a serem considerados, contextualizando com uma instrumentalização ambiental dos contratos, mas com observações aplicáveis à instrumentalização em prol das demais dimensões: EUROPEAN UNION, **Buying green – a handbook...**, pp. 11-12.



de recursos é contrária à própria dimensão econômica da sustentabilidade, pelo que não deve ser de interesse de um sistema de compras públicas que se pretenda sustentável a promoção ineficiente de políticas públicas nos contratos. Sempre que a aplicação dos recursos excedentes em políticas específicas gerar mais resultados, torna-se imperioso que isto seja feito.

Desta feita, para suprir tal necessidade de ampla submissão das contratações a um juízo de eficiência, os entes contratantes necessitarão de mecanismos de controle interno, os quais precisam ser permanentes e têm o condão de desempenhar uma série de ações: submeter as políticas públicas promovidas e contratos ou procedimentos de contratação relacionados a pormenorizados cálculos dos custos suportados; bem como desempenhar análises comparativas quanto à eficácia da aplicação destes recursos em outras políticas mais específicas; acumular informações obtidas através dos procedimentos de contratação já realizados e contratos já celebrados com o fim de otimizar a aplicação dos recursos dispendidos na implementação de políticas públicas nos procedimentos e contratos vindouros... Entre várias outras incumbências. O que provavelmente demandará treinamento e qualificação de pessoal, sendo proveitosa a aplicação de noções e técnicas da área da Administração<sup>253</sup>.

Além disso, é preciso ressaltar que, ao dimensionar os custos para o cálculo da eficiência da implementação das políticas públicas nos procedimentos de contratação, devem ser incluídos não apenas os custos de aquisição e gozo dos bens, obras e serviços, mas também os eventuais custos procedimentais vinculados à integração das políticas públicas. Isto porque, a inclusão de demandas sustentáveis pode tornar o próprio procedimento de contratação mais custoso, ao, por exemplo, gerar a necessidade de mais procedimentos de verificação<sup>254</sup>. É o que se chama de custos de transação<sup>255</sup>, que não devem ser esquecidos, afinal também podem representar custos adicionais que seriam economizados no cenário alternativo de contratação com posterior aplicação dos recursos públicos em política mais específica, como mais acima analisado<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 16, n.º 65, 2016, pp. 249-275.

<sup>254</sup> ARROWSMITH, Sue, A taxonomy of..., p. 129.

<sup>255</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann, **Licitação pública...**, p. 120-122.

<sup>256</sup> Tendo como objeto principal as políticas ambientais, mas fazendo observações sobre o cálculo dos custos de transação aplicáveis à generalidade das políticas públicas: COLBY, Bonnie *et. al.* Transaction cost measurement for evaluating environmental policies. **Ecological economics**, n.º 52, 2005, pp. 527-542.

## **2. Meios de efetivação da sustentabilidade nos procedimentos de contratação e contratos públicos**

Os meios para efetivar uma contratação pública sustentável contemplam as mais diferentes fases do procedimento. Pelo que, apenas com o fim de facilitar a exposição e compreensão, optamos por agrupá-los de acordo com a fase contratual em que estes se revelam de forma mais acentuada, enumerando tais fases em função da sua ordem cronológica.

Sendo necessário destacar, todavia, que identificar um meio de efetivação com uma única fase do contrato é uma ação de viés unicamente didático, pois muitas vezes os meios de efetivação são transversais a diversos momentos do contrato, ou até mesmo exigem a coordenação com outros meios de efetivação, característicos de outras etapas contratuais. Considerações acerca do ciclo de vida do objeto a adquirir, por exemplo, são úteis quando da definição dos critérios de avaliação, para internalização de custos indiretos; também tendo importância quando da definição do objeto a contratar, para prevenir aquisições com demasiadas externalidades negativas; além de ser útil para estabelecer eventuais obrigações contratuais, como obrigações de descarte, o que se refere já à execução do contrato; relacionando-se, assim, com as três fases identificadas a seguir. Outro exemplo dessa transversalidade à diferentes fases do contrato: será sempre útil que a previsão de obrigações contratuais destinadas a satisfazer demandas sustentáveis seja coordenada com os requisitos mínimos exigidos dos concorrentes, pelas razões que veremos mais abaixo. Enfim, à medida que enumeremos os meios de efetivação, ficará mais clara tal transversalidade da inclusão de demandas sustentáveis.

Por isto, a classificação realizada a seguir deve ser compreendida como unicamente didática, jamais significando que os meios de efetivação identificados sejam utilizáveis apenas no respectivo momento contratual em que foram identificados, tampouco que podem ser plenamente utilizados sem uma reflexão acerca da sua integração com as outras fases do procedimento de contratação.

### **a) Meios relacionados à decisão de comprar**

i. *A própria decisão de contratar ou não contratar*

A própria opção por celebrar ou não um contrato deve ser precedida da análise de determinados aspectos com o fim de garantir o caráter sustentável do eventual contrato futuro.

Nessa linha, a primeira medida é refletir sobre a efetiva necessidade daquela aquisição: devem os entes contratantes se preocupar em adquirir apenas aquilo que se revele estritamente necessário, com o fim de evitar padrões de consumo predatórios, que são naturalmente contrários à noção de sustentabilidade<sup>257</sup>.

Sendo certo que, mesmo quando identificar a imprescindibilidade de consumo daquele bem, serviço ou obra, deve ainda o ente contratante refletir acerca da necessidade da contratação de agentes econômicos privados, ponderando também a possibilidade de suprir aquela necessidade ele próprio, ou através de órgãos subordinados, sem que seja preciso recorrer a agentes econômicos privados<sup>258</sup>. Ponderação que se revela de extrema importância principalmente em épocas de escassez de recursos públicos.

Mas sempre considerando que estes parâmetros de necessidade devem ter em conta também as funções estratégicas da contratação. Isto porque, por vezes, apesar de a aquisição de determinado bem, obra ou serviço não se revelar estritamente necessária do ponto de vista do consumo do ente contratante, ela cumpre uma função econômica, ambiental ou social relevante, que não pode ser descartada. No cenário atual, em que os contratos públicos cada vez mais possuem uma inegável função regulatória, como visto anteriormente, o interesse público contido na decisão de contratar não se reduz à satisfação das necessidades da Administração. Não à toa, é comum que os Estados adquiram obras em tempos de crise econômica, por exemplo, mesmo que estas não sejam absolutamente necessárias, o fazendo unicamente com o fim de promover o emprego<sup>259</sup>. A satisfação do interesse público, como supra analisado, compreende a promoção do bem comum, enquanto interesse coletivo. E é de extremo interesse da coletividade, por colaborar ao bem comum, a geração de empregos em tempos de crise, por exemplo, ou o desenvolvimento da indústria nacional. Assim, a análise da necessidade deve levar em conta não apenas a (in)dispensabilidade de consumo do contratante, mas deve ponderar também a (in)dispensabilidade estratégica daquele contrato, pois, diante do

---

<sup>257</sup> ESTORNINHO, Maria João, **Curso de direito dos contratos...**, pp. 430-431.

<sup>258</sup> LOPES, Jorge Faria. A crescente relevância da fase de preparação dos procedimentos de formação de contratos públicos – breves notas à luz da Diretiva 2014/24/EU. **Revista de contratos públicos**, n.º 15, 2014, p. 160.

<sup>259</sup> ARROWSMITH, Sue, A taxonomy of..., pp. 130-131.

recrudescimento da importância do contrato para o desenvolvimento de políticas públicas, o interesse público contido na decisão de contratar ultrapassou a mera satisfação das necessidades da Administração.

Não se podendo desconsiderar, no entanto, que a celebração do contrato apenas pela sua função estratégica, amplia o ônus argumentativo de fundamentação da decisão de contratar. Isto porque, ao invés de o interesse da Administração convergir com os demais interesses que pugnam pelo exercício da função estratégica do contrato, haverá um conflito entre eles, na medida em que estarão a recomendar atuações distintas. Assim, não caberá apenas explicitar as razões que demonstram o valor estratégico do contrato, mas também os motivos que tornam a opção pelo contrato mais satisfatória do que a opção de não celebrar o contrato. Além de se garantir que os interesses envolvidos na defesa de não celebração do contrato, como o equilíbrio financeiro do ente público, por exemplo, não serão absolutamente desconsiderados.

Por fim, é comum a realização por especialistas de estudos acerca do impacto econômico, ambiental, e/ou social daquela eventual contratação, realizados para aconselhar o ente contratante na sua decisão de comprar ou não comprar. Inclusive, é comum que as diferentes ordens jurídicas prevejam a obrigatoriedade da realização de estudos acerca dos impactos ambientais para determinados tipos de contratos, principalmente na contratação de obras<sup>260</sup>.

## *ii. A decisão sobre o que comprar*

Decidir o objeto da contratação é certamente uma das decisões mais sensíveis do ponto de vista sustentável, não à toa, como já referimos, no esteio de ESTORNINHO<sup>261</sup>, as legislações aplicáveis aos procedimentos de contratação, preocupadas com aspectos sustentáveis, cada vez mais disciplinam não apenas como comprar, mas também o que comprar. A escolha do objeto da contratação é muitas vezes decisiva para definir se o consumo do ente contratante dar-se-á de forma sustentável ou predatória, de forma tal que até mesmo a integração de outros meios de efetivação pode não ser capaz de neutralizar um eventual erro praticado quando da definição do objeto. A título de exemplo: caso opte-se por contratar equipamentos eletrônicos sem a exigência de eficiência energética, mesmo que o contrato eventualmente preveja a obrigação de

---

<sup>260</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann, **Licitação pública...**, pp. 182-184.

<sup>261</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Curso de direito dos contratos...**, p. 420

descarte ecologicamente correto dos bens, minimizando o impacto ambiental provocado pela produção de lixo, a pegada ambiental gerada pelo desperdício de energia no uso dos equipamentos ainda permanece. Por isto, é de extrema relevância a profunda reflexão do contratante antes de definir o objeto do contrato vindouro.

Nessa linha, a definição do objeto, naturalmente, deverá ser precisa, tanto para garantir que a contratação de fato satisfaça a necessidade pública identificada e que motiva a contratação<sup>262</sup>, bem como que esteja de acordo com os padrões de sustentabilidade desejados. Todavia, a precisão não deve ser confundida pelo contratante com um detalhamento excessivo do objeto a contratar, inclusive, mais proveitoso é que o ente adjudicante, ao escolher as especificações em função de padrões sustentáveis, se concentre nos principais resultados que deseja obter durante a execução do contrato, deixando aos concorrentes a tarefa de encontrar as características mais eficientes para a produção dos resultados almejados<sup>263</sup>.

Mas ressalte-se que o ente contratante deve ter em conta que os benefícios de especificações técnicas sustentáveis não se restringem apenas ao cumprimento do contrato. Estes podem ir além do contrato, visto que a restrição do objeto a contratar pode ser útil para influenciar cadeias de abastecimento, incentivar a inovação ou até mesmo, através do fortalecimento da demanda ocorrido em razão das compras públicas, servir para baratear o produto sustentável e facilitar a sua disseminação. Ou seja, o adequado uso das especificações técnicas pode desempenhar importante papel na difusão comercial de soluções sustentáveis. Assim, ao prever especificidades técnicas relacionadas à acessibilidade dos deficientes quando adquire softwares, por exemplo, o ente contratante pode estar não só garantindo que os usuários deficientes poderão utilizar os equipamentos, mas também facilitando a difusão das ferramentas relacionadas à acessibilidade<sup>264</sup>.

Por sua vez, ao delimitar as especificações técnicas dos seus procedimentos de compras, pode ser útil aos entes contratantes utilizar sistemas de certificação, como os rótulos ecológicos<sup>265</sup> ou de comércio justo<sup>266</sup>. Devendo tais certificações, contudo, serem usadas com certa parcimônia: é preciso sempre que o ente contratante verifique a

---

<sup>262</sup> FURTADO, Lucas Rocha, **Curso de licitações...**, p. 312.

<sup>263</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, **Contratación...**, p. 66.

<sup>264</sup> BOYLE, Rosemary. Disability issues in public procurement. In **Social And Environmental Policies In Ec Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 322-323.

<sup>265</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, **Contratación...**, pp. 95-102.

<sup>266</sup> MEDINA ARNÁIZ, Teresa. Comercio justo y contratación pública, In **Contratación pública estratégica**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 249-282.

idoneidade da certificação, bem como a sua pertinência para o objeto a contratar, mediante um exame pormenorizado dos seus requisitos. Na medida em que a sustentabilidade, cada vez mais, agrega valor comercial aos bens, percebe-se uma certa mercantilização das certificações, que nem sempre atestam autênticos valores sustentáveis<sup>267</sup>.

Sendo certo, todavia, que o eventual uso de certificações deve ser acompanhado da divulgação, em edital, dos requisitos técnicos abarcados pela mesma, com o fim de garantir que também aqueles que não disponham da certificação, mas estejam de acordo com seus requisitos, não sejam afastados do procedimento de contratação. O recurso a certificações deve sempre ser acompanhado da possibilidade de provar por outros meios o cumprimento das especificações técnicas feitas, sob pena de configurar restrição injustificada da concorrência<sup>268</sup>.

### *iii. A decisão de como comprar*

A própria forma de realizar o procedimento de contratação pode ter consequências relevantes no que toca a demandas sustentáveis. Nessa linha, a digitalização dos procedimentos tem a tendência de diminuir o impacto ambiental da compra devido à redução dos insumos utilizados para dar seguimento ao procedimento de contratação, como é o caso, por exemplo, do uso de papel<sup>269</sup>. Além disso, a digitalização pode, também, ter um impacto positivo na inclusão de empresas de menor porte nos procedimentos de contratação, colaborando para a facilitação e diminuição dos custos para apresentação de propostas, por exemplo – embora, em casos particulares, dificuldades técnicas no uso de meios eletrônicos possam configurar uma barreira<sup>270</sup>. Por isto, a própria maneira como se pretende conduzir o procedimento de contratação precisa ser objeto de reflexão do futuro contratante.

Ademais, ao planejar a contratação, o ente adjudicante deve também ter em mente que a escolha da modalidade licitatória, quando não houver uma prescrição legal vinculativa e existir margem de escolha, pode se revelar pertinente para um maior sucesso

---

<sup>267</sup> ARAGÃO, Maria Alexandra. A credibilidade da rotulagem ecológica dos produtos. **Revista do Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente - RevCEDOUA**, n.º 27, 2011, pp. 157-170.

<sup>268</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes, **Licitação pública...**, p. 45.

<sup>269</sup> ARROWSMITH, Sue, **The law of public...**, vol. II, p. 603.

<sup>270</sup> FERNANDES, Teresa.; VIEIRA, Vítor. Public e-procurement impacts in small-and medium-enterprises. **International Journal Procurement Management**, vol. 8, n.º 5, 2015, pp. 587-607.

na instrumentalização do contrato. Modalidades marcadas pela restrição de participantes, por exemplo, podem ser úteis para a celebração de contratos demasiado sensíveis sob a ótica sustentável, visto que a participação exclusiva de participantes seguramente aptos pode servir para ampliar a certeza de execução do contrato de acordo com os parâmetros de sustentabilidade almejados<sup>271</sup>. Nessa linha, em última instância, pode até mesmo ser ponderado pelo ente contratante a celebração de contrato sem qualquer concorrência, mediante contratação direta, quando estiver bastante comprovado<sup>272</sup> que aquele é o único agente econômico tecnicamente capaz de atender às necessidades evidenciadas no contrato de acordo com os padrões de sustentabilidade desejados e estritamente necessários.

Mas além do recurso à contratação direta em função de necessidades técnicas, em alguns ordenamentos é prevista legalmente<sup>273</sup> a possibilidade de contratação direta em razão das externalidades positivas geradas. É o caso do ordenamento brasileiro onde, por exemplo, é autorizada a dispensa de licitação para casos de contratação de associações ou cooperativas de coleta de lixo formadas exclusivamente por pessoas de baixa renda, ou para a aquisição de produtos alimentícios junto a agricultores familiares, numa clara instrumentalização das compras em prol de políticas sociais<sup>274</sup>.

Além disto, algumas modalidades de contratação podem revelar-se mais idôneas para a promoção da inovação<sup>275</sup>, de forma que a escolha por estas pode ser mais adequada quando o desenvolvimento científico for um objetivo pretendido pelo ente contratante<sup>276</sup>, como será o caso se pretender utilizar os contratos públicos para incentivar a ecoinovação, por exemplo.

---

<sup>271</sup> ESTORNINHO, Maria João, **Curso de direito dos contratos...**, pp. 433.

<sup>272</sup> Reforce-se a necessidade de robusta comprovação, o que decorre do tamanho nível de supressão do princípio concorrência, como é bem exposto no Acórdão do TJUE, processos n.º C-20/01 e C-28/01, julgado em 10/04/2003.

<sup>273</sup> Destaque-se a necessidade de expressa previsão legal. Isto porque, na hipótese de contratação direta citada anteriormente, trata-se de óbvia consequência dos princípios da contratação pública, como os da eficiência e da prossecução do interesse público, afinal não se justificará organizar um procedimento, o que importa um gasto de recursos públicos, sob a pretensão de promover uma competição que é faticamente impossível. No entanto, na hipótese a que esta nota faz referência, a competição é possível, sendo derogada por uma ponderação de princípios tal que só cabe ser realizada em sede legislativa, de forma que o silêncio legal deve ser interpretado como prevalência do princípio da concorrência e, portanto, impossibilidade de contratação direta sob fundamento de externalidades positivas.

<sup>274</sup> VALIM, Rafael. Contratação pública e sustentabilidade. In **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 525-526.

<sup>275</sup> É o caso, por exemplo, das encomendas tecnológicas, no caso do ordenamento jurídico brasileiro (ver BARBOSA, Caio Márcio Melo; RAUEN, André Tortato. **Encomendas tecnológicas no Brasil: guia geral de boas práticas**. Brasília: IPEA, 2019. [Consult. 23 Abr 2020] Disponível em WWW: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8907>) e das parceiras para inovação, no caso do ordenamento português (ver GONÇALVES, Pedro Costa, **Direito dos contratos...**, pp. 534; 568-570).

<sup>276</sup> CALDEIRA, Marco; GOMES, Carla Amado, Contratação pública “verde”..., p. 751.

Além disso, a duração do contrato a celebrar pode ter repercussões importantes do ponto de vista sustentável, principalmente para desaconselhar a celebração de contratos demasiado longos, o que deve ser tido em conta pelo ente adjudicante quando do planeamento contratual.

Primeiramente porque contratos mais longos podem levar a um desperdício das potencialidades estratégicas da compra pública em função do cada vez mais rápido e frequente avanço tecnológico, principalmente em matéria ambiental: o contrato pode acabar vinculando o ente contratante a produtos, serviços ou obrigações contratuais que, embora eficientes quando da contratação, tornaram-se supervenientemente ineficientes do ponto de vista social, económico ou ambiental. E, embora a obsolescência sob o ponto de vista ambiental seja a mais evidente, dado o acelerado progresso da indústria verde<sup>277</sup>, os riscos de obsolescência social ou económica não podem ser desprezados. Diante da instabilidade que marca a sociedade de risco contemporânea<sup>278</sup>, não é improvável que, em decorrência da longevidade do contrato, o contexto social que serviu de referência para a elaboração da política social ou económica implementada acabe por se alterar a ponto de tornar a intervenção estatal ineficiente. Inclusive, a atual crise sanitária decorrente do COVID-19 e a subsequente crise económica que se vislumbra são disso exemplo. Não é improvável que, após tais fatos, possa ocorrer mudanças em índices sociais a ponto de territórios ou grupos sociais que antes não eram prioritários no desenho de políticas públicas passem a sê-lo. E tudo em um espaço de tempo inferior a um ano.

Além disso, quão mais longo o contrato, mais impreciso se torna o cálculo das vantagens e/ou desvantagens no seu uso estratégico. O que acaba por dificultar a avaliação do sucesso das políticas empregues, podendo conduzir a ineficiências: seja no próprio contrato, por provocar uma má avaliação das propostas, quando tal avaliação incluir a ponderação de custos futuros, como os custos de descarte<sup>279</sup>; seja em relação ao sistema de compras públicas enquanto um todo, por fragilizar o aprimoramento das políticas desenvolvidas através dos contratos celebrados<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *Green Economy and...*, pp. 18-23.

<sup>278</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, em especial, pp. 23-60.

<sup>279</sup> Como é natural, custos futuros estão sujeitos a um risco de oscilações, o qual é maior tão mais longo seja o contrato, por motivos óbvios: quão mais distante está o futuro que se pretende prever, mas imprevisível ele é.

<sup>280</sup> A intervenção do contratante existe em regime de interdependência com outros elementos que também compõem aquele contexto social e são relevantes para a configuração do cenário futuro final. Ocorre que quão mais longo o contrato, mais os tais outros elementos do contexto social tornam-se importantes na configuração do futuro, o que dilui a influência da decisão pública de compra na obtenção de um eventual objetivo almejado, dificultando a mensuração da sua relevância. Abordando este problema sob a ótica das



Por fim, a opção por um sistema centralizado de compras, ou até mesmo, em caso de um sistema de compras descentralizado, a escolha dos entes adjudicantes pelo compartilhamento de procedimentos de contratação, pode também se revelar pertinente para efetivar a sustentabilidade. Primeiramente porque a unificação de vários procedimentos em um número inferior pode ser útil para promover uma padronização de critérios sustentáveis que não teria lugar se as demandas contratuais fossem satisfeitas de forma pulverizada, garantindo assim um maior impacto ao uso estratégico das compras públicas<sup>281</sup>. Além disso, a centralização e o compartilhamento de compras podem se revelar úteis para reduzir eventuais custos superiores decorrentes da aquisição de soluções sustentáveis, sejam eles decorrentes dos preços de aquisição, dado o potencial de tais métodos de compras para gerar economias de escala<sup>282</sup>, ou resultantes dos custos de transação envolvidos, visto que a concentração dos recursos humanos facilita a sua capacitação, bem como a gestão de informação<sup>283</sup>.

Devendo-se, todavia, ter sempre em atenção que o compartilhamento de compras e, principalmente, os sistemas de compras centralizados podem ter efeitos negativos sobre as empresas de menor porte, ou sobre a produção econômica local, por exemplo<sup>284</sup>, questões que, como vimos, também se identificam com demandas de sustentabilidade. Por isto é importante que o recurso a tais métodos de compras pelo ente contratante se realize consciente de tais riscos, e, de preferência, munido de dados empíricos que permitam o controle das eventuais externalidades, sob pena de a compra pública revelar-se insustentável, apesar de motivada por um viés sustentável.

## **b) Meios relacionados ao procedimento de contratação**

---

contratações públicas sociais, mas com observações que também se aplicam às políticas públicas de diferentes naturezas: BARRAKET, Jo; FURNEAUX, Craig; KEAST, Robyn, **Social Procurement and...**, pp. 116-117.

<sup>281</sup> MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Centralização de compras públicas no Brasil. In **Centralização e agregação de compras públicas – reflexões sobre uma tendência atual da contratação pública**. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 68-71.

<sup>282</sup> BARKI, Teresa Villac Pinheiro; SILVA, Renato Cader da. Compras públicas compartilhadas: a prática das licitações sustentáveis. **Revista do Serviço Público**, n.º 63, vol. 2, 2012, pp. 157-175.

<sup>283</sup> FIUZA, Eduardo S. P. Desenho institucional em compras públicas. In **Marcos regulatórios no Brasil – aperfeiçoando a qualidade regulatória**. Brasília: IPEA, 2015, pp. 154 e 156.

<sup>284</sup> MESQUITA, Dilne Mendes; ROMÃO, Ana Lúcia; SANTOS, Geovane Santana dos. O reflexo da centralização das compras governamentais na economia local do Estado do Ceará (Brasil). In **Centralização e agregação de compras públicas – reflexões sobre uma tendência atual da contratação pública**. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 95-99.

### *i. Critério de adjudicação*

Comumente, os contratos públicos podem ser adjudicados tendo por base três tipos de critérios: o preço; a qualidade; e o preço conjugado à qualidade<sup>285</sup>. Por sua vez, a depender do critério escolhido, haverá diferentes formas de integrar demandas sustentáveis ao procedimento de contratação.

Nos procedimentos em que a adjudicação ocorre em função apenas do preço, para garantir parâmetros de sustentabilidade, torna-se essencial que ao preço de aquisição sejam somados os custos indiretos – que compreendem os custos relacionados ao gozo do objeto adquirido, como já referimos mais acima –, bem como sejam internalizadas no preço as externalidades causadas pela eventual contratação<sup>286</sup>. Para tanto, ferramenta essencial, como também já mencionamos, é o conceito de ciclo de vida: através de uma observação pormenorizada de todas as etapas da vida do objeto a adquirir é possível identificar de forma mais acurada os custos indiretos e as eventuais externalidades, com vista a dimensionar o seu impacto sobre o preço final do objeto da aquisição. Sendo certo que tal tipo de exame é extremamente contingencial, pois variável a depender da natureza do objeto, bem como do próprio contexto social em que o contrato se insere, pelo que só poderá ser realizado à luz do caso concreto<sup>287</sup>.

O que não significa que tal soma de fatores ao preço de aquisição seja algo fácil, principalmente no que diz respeito às externalidades. Tal tipo de postura demanda uma análise quanto a que tipo de externalidades serão incorporadas ao preço de aquisição: por exemplo, devem ser incorporadas externalidades referentes apenas ao gozo do objeto, ou também as relativas à sua própria produção? Além disso, quantificar em termos monetários as externalidades é atividade bastante complexa, seja porque, não raro, tais externalidades se referem a elementos que não possuem um valor de mercado previamente identificado, sendo necessário estimá-lo, o que não é simples; ou porque demanda a precificação de danos futuros, problema sobre o qual não há qualquer consenso acerca da metodologia a empregar<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> Sobre a evolução histórica contida na inclusão de elementos qualitativos no critério de adjudicação, bem como as problemáticas envoltas em tal: RAIMUNDO, Miguel Assis, **A formação dos contratos...**, pp. 820-843.

<sup>286</sup> FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse público**, n.º 70, 2011, pp. 15-35.

<sup>287</sup> AZEVEDO, Pedro Santos, Apontamentos sobre os custos..., pp. 84-85.

<sup>288</sup> Analisando tais problemáticas da internalização das externalidades, sob a ótica das externalidades ambientais, mas com ensinamentos aplicáveis à generalidade das externalidades: ALMEIDA, Teresa. A proposta economicamente mais vantajosa..., pp 147-194. Examinando a dificuldade em precificar impactos sociais: BARRAKET, Jo; FURNEAUX, Craig; KEAST, Robyn, **Social Procurement and...**, pp. 112-113.

Por tudo isto, se desaconselha, para os sistemas de compras públicas que se pretendam sustentáveis, a adoção de critérios de adjudicação baseados exclusivamente no preço. A adjudicação com base no preço deve ser restrita a objetos altamente padronizados, que impedem, ou diminuem a ponto de quase impedir, análises de qualidade<sup>289</sup>, ou para aqueles em que o próprio mercado já absorveu parâmetros de sustentabilidade, em virtude de exigência legal ou demanda dos consumidores, por exemplo.

Já em relação aos procedimentos de contratação adjudicados de acordo com critérios qualitativos, seja a qualidade o único critério ou esteja ele conjugado ao preço, as demandas de sustentabilidade podem ser incluídas entre os aspectos qualitativos a avaliar mediante um sistema de pontos, atribuindo-se diferentes pontuações em razão da relevância daquele elemento para, naquele caso, garantir uma contratação sustentável<sup>290</sup>. Contudo, ao pensar nos aspectos a avaliar, tendencialmente será melhor para o ente contratante focar, mais uma vez, nos resultados que pretende alcançar, deixando aos concorrentes a tarefa de encontrar os meios mais eficientes para atingir aqueles objetivos<sup>291</sup>.

Certo é, todavia, que os aspectos a avaliar, bem como todos os critérios envolvidos no cálculo da pontuação, precisam estar objetiva e claramente identificados. Para além da ausência de transparência e eventuais imprecisões carregarem consigo o natural risco de ampliar a litigiosidade e, por consequência, os custos envolvidos no procedimento de contratação, o amplo conhecimento dos concorrentes acerca dos critérios de avaliação torna-se importante para que estes possam apresentar proposta que efetivamente satisfaça as necessidades do ente contratante<sup>292</sup>. Imaginemos, por exemplo, que um determinado procedimento de contratação vá ser adjudicado com base tanto no preço, quanto na qualidade. Então, para oferecer a proposta mais fidedigna à necessidade do contratante, o concorrente precisará saber, entre outras coisas, os respectivos pesos dados aos critérios qualidade e preço na função matemática que determinará o vencedor: se não souber que a qualidade tem peso 8 em face de um peso 2 para o preço, por exemplo, o concorrente pode vir a oferecer um objeto de qualidade inferior em detrimento de outro objeto melhor, mas mais caro, apenas por receio de o preço ter grande importância na

---

<sup>289</sup> WIESBROCK, Anja. Socially responsible public..., p. 92.

<sup>290</sup> ROSSETTI, Suzana M, **Processos de contratação pública...**, pp. 171-174.

<sup>291</sup> ARROWSMITH, Sue, A taxonomy of..., p. 145.

<sup>292</sup> ALMEIDA, Teresa, A relação qualidade ambiental-preço..., pp 293-297.

adjudicação, quando, na realidade, o principal desejo do contratante relacionava-se com a qualidade, como demonstram os pesos dados na função matemática que determinará o vencedor. De forma que, ao fim do procedimento não terá o ente adjudicante adquirido o objeto que mais corresponde às suas necessidades, mesmo com os agentes econômicos privados possuindo, a sua disposição, o objeto desejado.

*ii. Concessão de vantagens no procedimento de contratação*

Pode também o ente contratante conceder determinadas vantagens no procedimento de contratação a agentes econômicos que julgue possuírem características estratégicas, as quais seja útil financiar. Tais vantagens podem ser destinadas a compensar uma menor competitividade dos agentes beneficiados, ou apenas pretender ampliar as suas chances de contratação – quiçá até garanti-las –, podendo ser dos mais diferentes tipos: favorecimento em caso de empate; margens de preferência que garantam a contratação mesmo quando o agente econômico não tenha apresentado a melhor proposta; cotas de participação em determinados contratos; reserva de certos contratos para concorrência exclusiva de determinados agentes econômicos<sup>293</sup>... Bem como poderão estar relacionadas às mais diferentes características, podendo ir desde o incentivo à igualdade de gênero<sup>294</sup> até o fortalecimento de uma indústria nacional em fase de desenvolvimento<sup>295</sup>, passando pelo financiamento de organizações com fins sociais<sup>296</sup> - isto para ficar só na contextualização de demandas sustentáveis citadas anteriormente.

Todavia, deve o ente contratante estar ciente de que a concessão de vantagens não raro é acompanhada da aquisição por preços superiores, bem como da compra de produtos, serviços ou obras que não configuram a melhor solução do mercado<sup>297</sup>, o que é natural, visto que a vantagem configura uma distorção da concorrência, justo a responsável por garantir a contratação nos melhores termos. Como forma de solucionar os maiores custos, por sua vez, há sistemas, como o do Reino Unido, em que o contratante

---

<sup>293</sup> MAGALHÃES, Fabrício Arthur Galupo; SOUZA, Delfino Natal de. O uso do poder de compra e as políticas de compras. In **Panorama de licitações sustentáveis – Direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 288-290.

<sup>294</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública. In **Contratación pública estratégica**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 352-360.

<sup>295</sup> TREPTE, Peter, **Regulating Procurement...**, pp. 152-155.

<sup>296</sup> MCCRUDDEN, Christopher, **Buying Social Justice...**, p. 62.

<sup>297</sup> ATHEY, Susan; COEY, Dominic; LEVIN, Jonathan. Set-asides and subsidies in auctions. **American economic journal: microeconomics**, Vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 1-27.

apenas adjudica o contrato ao concorrente favorecido se este melhorar sua oferta de forma a corresponder aos melhores termos encontrados em uma competição livre<sup>298</sup>.

Ademais, há ainda o risco de a concessão de vantagens configurar um desincentivo aos agentes favorecidos na sua busca por maior competitividade<sup>299</sup>. Como já supra referido, isto é recorrentemente citado como argumento por aqueles que são contrários às vantagens muitas vezes concedidas às empresas de menor porte, por exemplo, as quais poderiam perceber como mais vantajoso permanecer pequenas, para manter os benefícios, do que crescer<sup>300</sup>. No caso das organizações sociais, em especial, a perda de competitividade pode gerar uma dependência excessiva das compras públicas, o que, por sua vez, pode levar a uma captura das organizações pelos interesses dos entes públicos financiadores de suas atividades<sup>301</sup>.

Todos estes riscos fazem com que a previsão de vantagens nos procedimentos de contratação seja algo que exige uma prévia e profunda reflexão, além de um permanente monitoramento com o fim de identificar ineficiências e corrigi-las. É essencial que a manutenção de vantagens não decorra unicamente da pressão política dos agentes econômicos favorecidos, mas sim de uma profunda investigação que conclua pela relevância e eficiência da estratégia.

Por fim, é ainda importante que, quando o sistema de compras preveja a possibilidade de concessão de várias vantagens, exista uma coordenação clara entre elas, de forma a tornar evidente quais vantagens se sobrepõem, bem como a ordem de precedência aplicável<sup>302</sup>. Exemplo: um certo sistema de compras prevê, como critérios de desempate, tanto a natureza de empresa de menor porte, como o caráter nacional do capital do agente econômico; por sua vez, em determinado procedimento de contratação, empatam dois agentes econômicos, um é uma empresa de menor porte, mas não é nacional, o outro é uma empresa nacional, mas de grande porte; afinal, qual regra de desempate se deverá aplicar? Qual delas precede a outra? A inexistência de uma coordenação clara entre tais vantagens apenas ampliará a insegurança jurídica e, por consequência, a litigiosidade, colaborando, em última instância, para um aumento dos custos de transação.

---

<sup>298</sup> ARROWSMITH, Sue, **The law of public...**, vol. II, p. 709.

<sup>299</sup> ARROWSMITH, Sue, *A taxonomy of...*, p. 138.

<sup>300</sup> SAKALLARIS, Andrew George. *Questioning the sacred cow...*, pp. 694-695.

<sup>301</sup> BARRAKET, Jo; FURNEAUX, Craig; KEAST, Robyn, **Social Procurement...**, p. 45.

<sup>302</sup> ROSSETTI, Suzana M, **Processos de contratação pública...**, pp. 188-195.

### *iii. Divisão do objeto contratual em lotes*

Como já tratamos aqui, as empresas de menor porte possuem um lugar de destaque no uso estratégico dos contratos públicos. São bastante relevantes do ponto de vista econômico, em virtude de comumente serem responsáveis por grande parte dos empregos privados, por exemplo, bem como são relevantes do ponto de vista ambiental, já que não raro possuem pegadas ambientais proporcionalmente maiores, de forma que a sua submissão a padrões sustentáveis se revela, cada vez mais, urgente.

Por sua vez, uma das principais maneiras de incluir tais empresas de menor porte nas compras públicas é mediante a divisão dos contratos em lotes. A divisão em lotes compreende a segmentação de grandes objetos contratuais em várias parcelas menores, com o fim de tornar possível para empresas de menor porte competir pelo contrato, isto sob a lógica de que objetos demasiado grandes podem ser incompatíveis com as capacidades de empresas menores, as quais assim seriam afastadas dos procedimentos de contratação<sup>303</sup>.

A divisão em lotes pode ocorrer de acordo com os mais diferentes critérios: pode basear-se na natureza dos bens a serem adquiridos, com o fim de beneficiar empresas menores e pouco diversificadas; ou na localização geográfica em que serão fornecidos, com vista a favorecer os agentes econômicos locais...<sup>304</sup> Caberá ao ente contratante, ao planejar o procedimento de contratação, identificar os critérios mais pertinentes e utilizá-los.

Porém, a opção pela segmentação em lotes deve se basear não apenas no interesse de incluir as empresas de menor porte, mas também na eficiência de tal divisão. Não há sentido em segmentar lotes quando a necessidade que determinou a celebração do contrato seja melhor suprida com a existência de um único contratado – por exemplo, se a divisão em lotes causar aumento dos custos por perda de escala –, ou se a própria realidade do mercado a que se dirige a contratação desaconselhar a segmentação – caso verificado um risco demasiado alto de cartel<sup>305</sup>. Por isto, alguns objetos vão se revelar

---

<sup>303</sup> TRYBUS, Martin. The promotion of small and médium sized enterprises in public procurement: a strategic objective of the new public sector directive. In **Modernising public procurement – the new directive**. Copenhagen: Djøf, 2014, pp. 262-263.

<sup>304</sup> SCHOENMAEKERS, Sarah, The role of SMEs..., p. 170.

<sup>305</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. Dever de ponderação da adjudicação por lotes e dever de fundamentação da não divisão no direito dos contratos públicos. **E-pública**, Vol. 4, n.º 2, 2017, pp. 40-42.

mais apropriados para a divisão em lotes do que outros: os contratos de concessão, por exemplo, tendem a ser menos compatíveis com a divisão em lotes<sup>306</sup>.

*iv. Requisitos mínimos e exclusão de concorrentes*

O ente contratante pode, ainda, estabelecer parâmetros mínimos, que deverão ser respeitados pelos concorrentes sob pena de exclusão do procedimento de contratação. Tais parâmetros podem ter relação com a execução do contrato – por exemplo, a exigência de capacidade técnica idônea para o cumprimento de padrões ambientais exigidos na execução do contrato –, ou referir-se a aspectos alheios ao contrato – como quando se excluem concorrentes condenados por violações aos direitos humanos<sup>307</sup>.

Este é um meio bastante útil de utilizar os procedimentos de contratação para reforçar a persecução de políticas públicas: utiliza-se a atratividade dos mercados de compras governamentais para tornar mais vantajoso do ponto de vista comercial o respeito a tais parâmetros mínimos pelos agentes econômicos privados; além de se impedir que os recursos públicos sejam utilizados para financiar práticas que o próprio ente contratante busca combater por outros meios.

Porém, duas questões são de extrema relevância no uso de tal meio de efetivação, e devem ser objeto de reflexão antes da adoção do mesmo pelos sistemas de compras públicas. Primeiramente, há que se pensar na viabilidade e necessidade de estender a verificação do cumprimento dos parâmetros de exclusão fixados não apenas ao agente privado concorrente, mas também a eventuais agentes econômicos aos quais o concorrente esteja relacionado. Isto porque já se tem verificado em alguns países grupos empresariais que escolhem a sociedade com a qual vão concorrer em função de impedir a exclusão por descumprimento dos parâmetros<sup>308</sup>.

Além disso, há que se refletir acerca da forma de fiscalização do cumprimento dos parâmetros de exclusão. Se poderá recorrer unicamente a formas exteriores de fiscalização, como quando a exclusão se basear na existência de condenação judicial transitada em julgado, ou poderá o ente contratante promover a fiscalização por meios próprios. A fiscalização por meios próprios pode ser útil para garantir uma maior

---

<sup>306</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann, **Licitação pública...**, p. 146.

<sup>307</sup> ARROWSMITH, Sue, A taxonomy of..., pp. 139-141.

<sup>308</sup> WILLIAMS, Sope. Coordinating public procurement to support EU objectives – a first step? The case of exclusions for serious criminal offences. In **Social And Environmental Policies In Ec Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 492-493.

efetividade; mas, por outro lado, a opção por recorrer unicamente a formas exteriores de fiscalização pode diminuir os custos de transação associados à implementação de procedimentos administrativos destinados à fiscalização, bem como os custos relacionados à provável maior litigiosidade disto decorrente<sup>309</sup>.

### c) Meios relacionados à execução do contrato

#### i. Obrigações contratuais

O ente contratante pode inserir no contrato determinadas obrigações destinadas a garantir que a sua execução ocorra em consonância com demandas sustentáveis<sup>310</sup>. São diversos os aspectos relativos à execução do contrato que são passíveis de serem abordados sob um viés sustentável, entre os quais destacamos a produção do objeto e realização do serviço ou obra adquiridos ou concessionados; o descarte dos insumos utilizados; e a força de trabalho empregue<sup>311</sup>.

No que toca à produção do objeto e execução do serviço ou obra adquiridos ou concessionados, pode-se incluir no contrato cláusula destinada a gerar uma obrigação de subcontratar certo percentual do contrato de acordo com critérios estratégicos, com o fim de promover a integração de determinados agentes econômicos cuja atividade o ente público julgue interessante incentivar, como, por exemplo, empresas de menor porte<sup>312</sup>. Pode-se, ainda, estabelecer parâmetros de qualidade que deverão ser observados nas etapas de produção e realização do serviço ou obra, tal qual determinar o uso de fontes de energia renovável<sup>313</sup>, como já mencionamos.

O descarte dos insumos utilizados na execução do contrato, por sua vez, é matéria bastante sensível sob a ótica da sustentabilidade ambiental. Pelo que é de extrema relevância que o contrato regule aspectos como eventual reciclagem de materiais utilizados, quando isto for possível, bem como o descarte responsável de produtos

---

<sup>309</sup> WILLIAMS, Sope. Coordinating public procurement..., pp. 493-494.

<sup>310</sup> GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Vol. 260, 2012, pp. 250-251.

<sup>311</sup> ARROWSMITH, Sue, A taxonomy of..., pp. 123-125.

<sup>312</sup> BARRIO GARCÍA, Gonzalo. Contratación pública y PMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación pública. In **Contratación pública estratégica**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 152-154.

<sup>313</sup> KUNZLIK, Peter. The procurement of..., pp. 402-406.



ambientalmente danosos, como produtos químicos<sup>314</sup>. Inclusive, num sistema de compras públicas em que a noção de economia circular esteja mais integrada, a preocupação com o descarte dos resíduos gerados durante a execução do contrato terá um lugar de destaque. É neste sentido que o manual de compras públicas circulares da União Europeia, por exemplo, refere estratégias como pactuar que os contratados reaproveitem insumos usados ao longo do contrato em sua cadeia de suprimento<sup>315</sup>.

Já no que toca à força de trabalho empregue, os contratos públicos podem ser utilizados tanto para promover a inclusão no mercado de trabalho de grupos que enfrentam dificuldades de inserção, quanto para garantir uma igualdade de tratamento e condições de trabalho dignas que não são proporcionadas naturalmente pelo mercado. Nessa linha, por exemplo, o contrato pode exigir que um percentual mínimo dos trabalhadores envolvidos na execução do contrato seja de desempregados de longa duração, ou de grupos minoritários com dificuldades de inserção, como deficientes<sup>316</sup>. Assim como também pode exigir o pagamento de salários iguais, quando identificar uma tendência do mercado de não o fazer espontaneamente, com o fim de combater desigualdades salariais indevidas, como as baseadas no gênero ou etnia<sup>317</sup>.

Certo é, todavia, que, ao estabelecer obrigações contratuais, mais uma vez, tenderá a ser mais interessante para o ente contratante concentrar-se em fixar obrigações de resultado, focando-se nos fins que pretende alcançar com o cumprimento contratual, deixando aos contratados alguma margem de flexibilidade para escolha dos meios que julguem mais eficientes para promover os fins sustentáveis almejados<sup>318</sup>. Submetendo a escolha dos meios à competição, tornam-se maior as chances de adoção dos meios mais eficientes.

Além disso, a fixação de obrigações contratuais não raro deverá estar acompanhada da previsão de requisitos técnicos mínimos ainda na fase de concorrência do procedimento de contratação, com o fim de garantir que o agente econômico selecionado estará apto para cumprir com as obrigações que serão estabelecidas. Afinal, de pouco valerá a previsão de obrigações contratuais que não possam ser cumpridas pelo particular contratado.

---

<sup>314</sup> ROSSETTI, Suzana M, **Processos de contratação pública...**, p. 199-200.

<sup>315</sup> [EUROPEAN UNION, Public procurement for a circular..., p. 17.](#)

<sup>316</sup> BERNAL BLAY, Miguel Ángel. El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos. In **Contratación pública estratégica**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 173-175.

<sup>317</sup> MCCRUDDEN, Christopher, Using public procurement ..., em especial, pp. 259-262 e 265-266.

<sup>318</sup> ARROWSMITH, Sue, A taxonomy of..., pp. 133-134.

## *ii. Contrapartidas*

Bastante comuns nas aquisições públicas relacionadas à área da defesa<sup>319</sup>, as contrapartidas compreendem a exigência de compensações a agentes econômicos estrangeiros, com o fim de criar benefícios econômicos adicionais dos mais diversos tipos, como ganhos de natureza industrial, tecnológica, comercial<sup>320</sup>... Sendo tradicionalmente classificadas em contrapartidas diretas, quando tem relação com o objeto do contrato público a celebrar – por exemplo, nos casos em que se prevê um consumo mínimo de insumos nacionais na execução do contrato –, ou indiretas, quando tratam-se de compensações que não possuem relação com o objeto do contrato – como quando exige-se do contratado a realização de investimentos locais<sup>321</sup>.

O uso das contrapartidas, contudo, é bastante controverso. Isto porque ainda não há estudos suficientes para consolidar que estas de fato podem ter um efeito positivo e eficiente, os quais, embora existam, são em pouca quantidade<sup>322</sup>. Isto para não falar que a maioria dos especialistas na matéria depõem contra o uso de contrapartidas, afirmando que o seu uso, em média, tem efeitos diminutos, isto quando o saldo líquido pelo uso de tal meio de efetivação não seria negativo, servindo mais como recurso retórico para justificar aos cidadãos os altos valores envolvidos nos contratos em que o instrumento é normalmente utilizado<sup>323</sup>.

Concordamos, porém, com aqueles que afirmam que as contrapartidas podem sim constituir um bom meio de efetivar políticas públicas através das compras governamentais. Um exemplo disto é a Empresa Brasileira de Aeronáutica (EMBRAER): as contrapartidas exigidas por uma série de contratos de defesa firmados pela Força Aérea Brasileira entre 1970 e o início dos anos 2000 são vistas como fundamentais no desenvolvimento tecnológico da empresa para especialistas e funcionários da própria

---

<sup>319</sup> BRAUER, Jorgen; DUNNE, J. Paul (coord.). **Arms trade and economic development – theory, policy, and cases in arms trade offsets**. New York: Routledge, 2005.

<sup>320</sup> RODRIGUES, Luís Graça; SILVEIRA, Paula de Castro. Regime das contrapartidas nos contratos públicos em Angola: o que há de novo?. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Vol. LVIX, 2018, pp. 83-103.

<sup>321</sup> Tendo por base da classificação os contratos públicos de defesa: RODRIGUES, Nuno Cunha, **A contratação pública...**, p. 531.

<sup>322</sup> TAYLOR, Travis K. Countertrade offsets in international..., p. 17.

<sup>323</sup> Para uma boa síntese dos argumentos contrários ao uso das contrapartidas: BRAUER, Jorgen. Economic aspects of arms trade offsets. In **Arms trade and economic development – theory, policy, and cases in arms trade offsets**. New York: Routledge, 2005, pp. 62-65.

EMBRAER, que hoje figura como importante fornecedor no mercado internacional.<sup>324</sup> Contudo, o uso das contrapartidas pelos entes contratantes deve ser alvo de aprofundada análise e reflexão, visto que a eficiência na sua aplicação depende do exame de muitos elementos, e todos complexos, como o nível de tecnologia envolvido no objeto a adquirir, a estabilidade cambial, o ambiente comercial, os objetivos do governo envolvido na compra, entre outros<sup>325</sup>.

Sendo certo que a necessidade de recursos humanos qualificados não se restringe à decisão de utilizar ou não as contrapartidas: este meio de efetivação exige uma permanente fiscalização, a qual igualmente precisa ser bastante qualificada, vide a complexidade necessária não apenas para policiar o adequado cumprimento das compensações, como também para avaliar a política implementada com o fim de calcular seu grau de eficiência, aprimorando usos futuros deste instrumento<sup>326</sup>.

### *iii. Remuneração variável*

Poderá, ainda, o ente contratante vincular a remuneração final do contratado à obtenção de certos objetivos, no que o Banco Mundial, por exemplo, chama de “*aquisições baseadas no desempenho*”<sup>327</sup>, incluindo em tais objetivos, por sua vez, demandas sustentáveis<sup>328</sup>. A ideia é que a atratividade de um bônus remuneratório sirva de incentivo ao particular para atender demandas sustentáveis que não constituem um dever do contratado, mas dão origem a um benefício adicional para o contratante<sup>329</sup>.

Assim, por exemplo, num cenário em que não fosse possível para o ente adjudicante exigir o uso de determinados equipamentos e insumos ecológicos, por isto configurar excessiva restrição da competitividade, mas o uso de tais equipamentos e insumos configurar um grande benefício para a coletividade, pode ser útil ao contratante

---

<sup>324</sup> MAYMONE, Rodolfo de Azevedo. **Os Acordos de Compensação (Offset) nas FF.AA. e a percepção dos gerentes de projetos militares**. Dissertação de mestrado. 2019, p. 88. [Consult. 08 Jul. 2020] Disponível em WWW: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35759>.

<sup>325</sup> TAYLOR, Travis. Using procurement offsets as an economic development strategy. In **Arms trade and economic development – theory, policy, and cases in arms trade offsets**. New York: Routledge, 2005, pp. 34-46.

<sup>326</sup> Ilustrando a complexidade da fiscalização, principalmente a tendência oportunista dos contratados: RODRIGUES, Nuno Cunha, **A contratação pública...**, pp. 539-541. Sobre as dificuldades envolvidas na avaliação das contrapartidas: TAYLOR, Travis K. Countertrade offsets in international..., pp. 24-26.

<sup>327</sup> WORLD BANK, **Guidelines procurement of...**, p. 34.

<sup>328</sup> BLIACHERIS, Marcos Weiss. A sustentabilidade no regime diferenciado de contratações públicas. In **Panorama de licitações sustentáveis – Direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 94.

<sup>329</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In **O regime diferenciado de contratações públicas – comentários à lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 191-192.

fixar incrementos remuneratórios tendo por base o uso de tais insumos e equipamentos, com fim de incentivar o agente econômico privado a adotá-los, apesar de não ser obrigado a tanto.

Todavia é preciso estar atento aos dois elementos citados: o objetivo capaz de gerar um bônus remuneratório não pode compreender um dever do contratado, além de precisar ser a causa de um benefício autenticamente adicional. Não pode o contratado ser premiado através de um bônus remuneratório pelo cumprimento de um dever, seja ele legal ou contratual, e cuja remuneração, inclusive, já está compreendida no pagamento regular do contrato<sup>330</sup>. Além disso, é preciso que o benefício que se procura promover seja mesmo adicional, e não um resultado natural do cumprimento das obrigações do agente econômico contratado<sup>331</sup>.

Ademais, é preciso que os critérios utilizados para definir a remuneração variável, bem como os métodos para seu cálculo, sejam prévia e adequadamente publicitados, para além de serem claros e objetivos, com o fim de evitar dúvidas. Nesse mesmo sentido, se recomenda a publicitação de tais aspectos não apenas no contrato a celebrar, como também no instrumento de convocação do procedimento de contratação. Caso contrário, poderá haver um aumento dos custos do procedimento em decorrência de litígios envolvendo tanto o uso do instrumento, como o cálculo e o próprio direito à eventual remuneração variável<sup>332</sup>.

### **3. O papel da governança num sistema de compras públicas sustentável**

As novas questões que um ideal de compras sustentáveis traz consigo para a governança dos contratos públicos podem, de certa forma, ser divididas em dois grupos. O primeiro deles diz respeito à governança desempenhada pelo próprio ente adjudicante, seja considerando cada contrato individualmente, ou até a totalidade dos contratos celebrados pelo ente.

Já aqui é possível dizer que um ideal de compras sustentáveis, enquanto uso estratégico dos contratos públicos, adiciona complexidade à gestão dos contratos pelas suas respectivas entidades adjudicantes, pois inclui em todas as fases da vida do contrato,

---

<sup>330</sup> ROSSETTI, Suzana M, **Processos de contratação pública...**, p. 173.

<sup>331</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 216.

<sup>332</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann, **Licitação pública...**, pp. 233-234.

desde o seu planejamento até a sua plena execução, problemáticas que antes não tinham lugar, passando a exigir mais dos entes contratantes<sup>333</sup>. Na fiscalização do contrato, é possível perceber que são adicionadas etapas e técnicas com o estrito fim de policiar se os objetos fornecidos são idênticos, em sua repercussão ambiental, aos efetivamente contratados, as quais não existiam antes de um ideal de compra sustentável<sup>334</sup>, por exemplo. E, para além da fiscalização do contrato, relativa à fase de execução, foram citados ao longo do presente escrito vários aspectos que adicionam complexidade a todas as etapas do contrato público: a análise do ciclo de vida para identificação de externalidades e cálculo dos custos indiretos; a avaliação dos parâmetros de sustentabilidade a adotar; a verificação de eventuais requisitos adicionais exigidos dos concorrentes...

Por isso, é possível concluir que a integração de demandas sustentáveis nos sistemas de compras públicas acaba por exigir uma maior profissionalização dos órgãos destinados às compras governamentais, tanto na qualificação dos recursos humanos envolvidos, quanto na oferta de meios técnicos. Não é à toa que se identifica uma curva ascendente de profissionalização dos agentes de compras públicas coincidente com a difusão e crescimento do uso estratégico das compras governamentais<sup>335</sup>, isto decorre de uma exigência do próprio cotidiano das entidades adjudicantes.

Além disto, é importante que os entes competentes, diante desta maior complexidade, utilizem o seu poder normativo com o fim de auxiliar as entidades adjudicantes no desenvolvimento de contratos públicos sustentáveis. Parte da complexidade adicionada aos contratos em decorrência da inclusão de demandas sustentáveis pode ser neutralizada mediante a edição de atos normativos que prescrevam parâmetros de sustentabilidade, bem como os procedimentos a adotar pelas entidades contratantes, com o fim de retirar destas a responsabilidade de refletir e escolher quais critérios e procedimentos adotar e quais descartar; o que ainda colabora para evitar uma pulverização de critérios e procedimentos, a qual acabaria por afetar o impacto do uso

---

<sup>333</sup> TERRA, Antonio Carlos Paim. **Compras públicas inteligentes: uma proposta para a melhoria da gestão das compras governamentais**. Brasília: ENAP, 2018. [Consult, 11 Mai. 2020] Disponível em WWW: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3166>.

<sup>334</sup> FERNANDES, Viviane Vieira da Silva. O papel da fiscalização contratual no desenvolvimento nacional sustentável. In **Panorama de licitações sustentáveis – Direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 193-216.

<sup>335</sup> CALLENDER, Guy; MATTHEWS, Darin. Government purchasing: an evolving profession?. **Journal of public budgeting, accounting & financial management**, vol. 12, n.º 2, 2000, pp. 272-290.

estratégico dos contratos públicos<sup>336</sup>. É natural que órgãos especializados detenham maior capacidade técnica para realizar algumas escolhas, que podem – e devem – ser absorvidas por tais órgãos, poupando entidades adjudicantes que, pela ausência de profissionalização suficiente, teriam bastante dificuldade na adequada compreensão dos problemas envolvidos.

Destaque-se, ainda, a relevância da digitalização dos procedimentos de compras no auxílio da gestão, pelos entes compradores, de uma contratação que se deseja sustentável. Primeiramente porque tem-se verificado nos diversos países em que se adotaram sistemas eletrônicos de compras que isto colabora para a redução dos custos, seja em função de uma diminuição dos custos de transação, ou de um encolhimento dos preços de aquisição, em virtude de aumento da competitividade<sup>337</sup>. E isto tem relevância no desenvolvimento de contratações sustentáveis na medida em que, por vezes, a compra de soluções sustentáveis pode provocar um aumento dos custos, como vimos mais acima, de forma que técnicas que colaborem para compensar tal possível aumento de custos são sempre bem-vindas. Depois, o uso de plataformas eletrônicas tem o condão de facilitar a coleta, armazenamento e posterior interpretação de dados acerca dos contratos celebrados, algo que é de extrema importância para buscar melhorias contínuas visando a eficiência e eficácia das políticas implementadas<sup>338</sup>.

E em virtude da implementação de políticas públicas através dos contratos, há ainda uma segunda dimensão de governança, a qual exige uma gestão mais global dos contratos, não se satisfazendo com a mera gestão difusa que cada entidade adjudicante realiza dos contratos que celebra. É preciso avaliar mesmo a totalidade dos contratos, medir o desempenho de todos e analisá-los em conjunto, compreendendo-os enquanto elementos de um sistema comum<sup>339</sup>. As permanentes avaliações, naturais às políticas públicas que se pretende implementar num sistema de compras sustentável, conhecem

---

<sup>336</sup> SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 157-181.

<sup>337</sup> Esta redução dos custos, inclusive, é uma das poucas tendências que se verificam de forma relativamente uniforme tanto em países desenvolvidos, como é o caso daqueles integrantes do Reino Unido (CROOM, Simon.; BRANDON-JONES, Alistair. Impact of e-procurement: Experiences from implementation in the UK public sector. **Journal of Purchasing and Supply Management**, vol. 13, n.º 4, 2007, pp. 5-6), quanto em países em desenvolvimento, como o Brasil (FREITAS, Marcelo de; MALDONADO, José Manuel Santos de Varge. O pregão eletrônico e as contratações de serviços contínuos. **Revista de administração pública**, vol. 47, n.º 5, 2013, pp. 1.265-1.282).

<sup>338</sup> DOTTI, Marinês Restelatto; JUNIOR, Jessé Torres Pereira. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 98.

<sup>339</sup> SANTANA, Jair Eduardo. Pensamentos linear-cartesiano, sistêmico e complexo aplicados à governança pública: as aquisições governamentais. **Revista Zênite – informativo de licitações e contratos**, Vol. 226, 2012, pp. 1.207-1.217.

diversos objetivos, estando entre eles alguns que não serão satisfeitos se a governança dos contratos públicos estiver reduzida a uma gestão promovida por cada entidade adjudicante isoladamente, como é o caso, por exemplo, da comparação entre eventuais desempenhos diferentes das políticas públicas desenvolvidas por cada entidade adjudicante<sup>340</sup>.

Por isto, muitos argumentam que o uso estratégico das compras governamentais exige uma autoridade terceira destinada a regular o mercado dos contratos públicos<sup>341</sup>, supervisionando a implementação de políticas públicas pelas entidades adjudicantes a partir de um viés sistemático, que vá além das realidades isoladas de cada ente contratante, promovendo uma coordenação entre as atuações de cada um deles. Posição a qual nos filiamos.

Sendo a atuação de tal autoridade reguladora indicativo de outro traço característico da governança de um sistema de compras públicas sustentável: a insuficiência de um controle meramente sancionatório. Isto porque, a compreensão sistemática das políticas públicas desenvolvidas por cada ente contratante destina-se, principalmente, a melhorar a implementação de tais políticas, de forma que caberia a tal autoridade a função de orientar as entidades adjudicantes em prol das melhores práticas, como também de propor eventuais alterações legislativas<sup>342</sup>. A implementação de políticas públicas através dos contratos públicos faz com que se torne insuficiente o mero controle sancionatório *ex post* destinado a fiscalizar o cumprimento da legalidade, exigindo também um controle voltado para o futuro, destinado permanentemente a melhorar a atuação estatal, neste caso, o uso estratégico das compras governamentais. É nessa linha, por exemplo, que, no Brasil, o TCU já tem promovido em alguns Acórdãos recomendações a entes compradores relacionadas à instrumentalização dos seus procedimentos de contratação<sup>343</sup>.

Por fim, tal necessidade de governança global vem ressaltar os benefícios do uso de plataformas eletrônicas de contratação. Para além da facilitação no manuseio de dados já mencionada, e que também se aplica aqui, o uso de plataformas eletrônicas colabora

---

<sup>340</sup> BEHN, Robert D. Why measure performance? Different purposes require different measures. **Public administration review**, vol. 63, n.º 5, 2003, pp. 586-606.

<sup>341</sup> LOUREIRO, Joana Mendes Ferreira de Sousa. **A regulação do mercado da contratação pública**. Dissertação de mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, p. 132. [Consult. 11 Mai. 2020] Disponível em WWW: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34784/1/A%20Regulacao%20do%20mercado%20da%20contratacao%20publica.pdf>.

<sup>342</sup> GONÇALVES, Pedro Costa, **Reflexões sobre o Estado...**, pp. 23-29.

<sup>343</sup> Acórdão do TCU, processo n.º 044.166/2012-5, julgado em 02/09/2014.

para o compartilhamento de informações entre diferentes entidades, pois acelera e simplifica o fluxo de informação<sup>344</sup>.

## V. Conclusões

Jean de Léry foi um missionário que, na década de 1560, participou de viagem exploratória de navios franceses que partiam em busca de pau-brasil onde hoje é o território brasileiro e, à época, era chamado de França Antártica. Lá, Léry fez o registro de diálogo que teve com um ancião tupinambá acerca das razões pelas quais os europeus tanto desejavam a madeira. O diálogo tem interesse porque revela uma certa teoria tupinambá do valor, segundo a qual a preservação dos recursos naturais, tendo em vista a manutenção de condições para a vida futura, configuraria um axioma fundamental da vida indígena, tal como se a preservação da Terra e proteção das gerações futuras possuíssem, em si próprias, um valor absoluto e fundante das relações econômicas, numa diferença bastante clara em relação às teorias econômicas desenvolvidas e utilizadas até os dias atuais<sup>345</sup>.

Infelizmente, apenas 500 anos depois a “teoria tupinambá do valor” começa a encontrar acolhida ao redor do globo, e difundi-la pelas instituições humanas tornou-se um dos grandes desafios do século XXI. Com a ressalva de que, por já não dispormos de muito tempo, a difusão precisa ser urgente e transversal às mais diferentes instituições humanas. Não há mais tempo útil para negar o problema, tampouco para recair em experimentações de campo reduzido ou transições excessivamente graduais.

Perceber este contexto é essencial para perceber a investigação aqui desenvolvida em sua plenitude. Refletir acerca de uma contratação pública sustentável, assim como refletir sobre a submissão de qualquer instituto jurídico a juízos de sustentabilidade, é, antes de tudo, um desafio aos juristas para que cumpram sua função social. Há um problema de grandes proporções se apresentando, e sua solução demanda uma profunda revisão das regras que utilizamos para disciplinar o comportamento coletivo e de acordo com as quais nos relacionamos. Mas apenas nós, juristas, dominamos a linguagem

---

<sup>344</sup> LEGARTH, Jens Brøbech. Internet Assisted Environmental Purchasing. **Corporate environmental strategy**, Vol. 8, n.º 3, pp. 270-271.

<sup>345</sup> CALDEIRA, Jorge. Teoria do valor tupinambá. In **Nem céu nem inferno: ensaios para uma visão renovada da história do Brasil**. São Paulo: Três Estrelas, 2015, pp. 18-37.



essencial para dar forma a alterações em parte dessas regras relevantes para o convívio social, as regras jurídicas.

E, pela própria dimensão do problema que se apresenta, o qual é global, é necessário que o esforço na busca de soluções seja coletivo, não apenas restringindo-se à debates quanto a reformas legislativas – que também são de grande importância para o fim que almejamos –, mas também aplicando esforços no tratamento de problemas mais amplos e comuns aos mais diferentes territórios, como a revisão de institutos clássicos ou conhecimento das consequências práticas de determinadas opções regulatórias, inclusive porque tais problemas são a base dos debates em torno das reformas legislativas. Além de que são comuns à vários territórios, os quais, portanto, devem compartilhar suas experiências, com vista a poupar tempo, afinal, como referimos, já não há tempo a perder. É preciso que usemos da vocação da nossa época para o compartilhamento de informações em nosso favor, fomentando um estudo do Direito cada vez mais transnacional, tanto por analisar as mais diferentes experiências, quanto por voltar-se para o pensamento de problemas globais, como a revisão propriamente dita de institutos, o que, embora contenha as revisões legislativas, não se satisfazem nisto.

É em razão deste contexto que o presente escrito tomou a forma pela qual se apresenta. Cada vez mais, é necessário congrega conclusões que ainda permanecem dispersas, seja pela falta de comunicação entre as diferentes ordens jurídicas e seus juristas, seja até mesmo por uma ausência de estudos que se proponham a tal congregação. Assim, o presente escrito pretendeu ser uma obra de introdução ao tema da contratação pública sustentável, centrando seus esforços em congrega as mais diferentes conclusões que permaneciam dispersas e dizem respeito a problemas comuns às mais diferentes ordens jurídicas, nomeadamente a definição, os fundamentos e os meios de efetivação de um sistema de compras públicas sustentável, objetivo que pensamos ter sido atingido, guardadas as devidas proporções e tendo em vista as limitações do autor e do tipo de trabalho a desenvolver.

Isto posto, enunciamos a seguir as conclusões que, em nossa opinião, retratam de forma mais evidente as principais ideias enumeradas ao longo do escrito.

A investigação iniciou-se pela busca de uma definição de contratação pública sustentável, ao longo da qual se revelaram as seguintes conclusões: (i) o conceito de sustentabilidade, ou desenvolvimento sustentável, comumente utilizado ao redor do globo é aquele enunciado pelo Relatório Brundtland, o qual define desenvolvimento sustentável como o “que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das

gerações futuras de suprirem suas próprias necessidades”; (ii) vaga, tal definição é alvo de bastante discordâncias quanto ao seu conteúdo, havendo, porém, elementos característicos que são compartilhados pelos mais diferentes enunciadores do conceito, quais sejam, a ideia de equidade intergeracional e a necessidade de compreender a definição mediante a conjugação de diferentes dimensões; (iii) no que toca às dimensões, institucionalmente, estabeleceram-se três no debate global, as dimensões ecológica (que trata da preservação da biosfera), econômica (que se refere à alocação eficiente de recursos, mas subjugando o juízo de eficiência ao dever de equidade intergeracional) e social (relativa à liberdade dos indivíduos de exercerem suas capacidades e à resiliência do capital social das comunidades); (iv) ressaltando-se a interdependência das dimensões, a qual exige o escrutínio de uma medida, e de suas consequências, de acordo com todas as dimensões para que se possa qualificar esta medida como sustentável; (v) isto posto, conceituamos um sistema de compras públicas sustentáveis como *o sistema de contratação pública onde o poder de compra estatal é usado para adquirir bens, obras e serviços ou concessionar serviços públicos de acordo com critérios não apenas econômicos, mas também sociais e ecológicos e com o fim de obter benefícios em quaisquer destes domínios, seja na própria execução do contrato, seja externamente à mesma*, ressaltando a igual relevância e necessária presença das três dimensões num sistema de compras que se pretenda sustentável; (vi) sendo certo que a concepção de um sistema de compras públicas sustentável decorre do reconhecimento da relevância econômica do mercado dos contratos públicos e da utilidade do contrato como instrumento de regulação complementar; (vii) por sua vez, a dimensão ambiental da sustentabilidade, nos contratos públicos, se revela através da instrumentalização do contrato para incentivar a ecoinovação, garantir um consumo ecológico pela Administração e induzir a absorção de demandas ecológicas pelos agentes privados; (viii) já a dimensão econômica, para além do já conhecido debate em torno da promoção da eficiência, agrega a necessidade de ponderação dos custos indiretos, além da reflexão acerca das eventuais externalidades econômicas positivas e negativas dos contratos públicos; (ix) enquanto a dimensão social destaca o uso do contrato público para proteção de grupos socialmente vulneráveis, na preservação de ativos importantes na formação do capital social da comunidade, e como instrumento de política internacional em matérias sociais; (x) de forma tal que, embora a implementação de políticas públicas através dos contratos públicos não constitua uma novidade, a noção de contratação pública sustentável traduz um novo paradigma, pois importa a equivalência entre a persecução do

*best value for money* e a obtenção do *best social value*, algo que não se verificava até então.

Em seguida, analisaram-se os fundamentos de um sistema de contratação pública sustentável, fazendo-o tanto sob uma ótica zetética, quanto dogmática. Quando da abordagem zetética, se conclui pelas seguintes ideias: (i) sob a ótica econômica, é normalmente apontada como uma desvantagem da contratação pública sustentável uma tendência para aumento dos custos com a contratação, no entanto, esta não é uma afirmação que encontra embasamento empírico, visto os estudos revelarem que, em média, os contratos sustentáveis importam o gasto da mesma quantia de recursos, não se podendo confundir o custo da contratação com o mero preço de aquisição, este, de fato, tendencialmente superior nas compras sustentáveis; (ii) e mesmo naquelas compras em que a sustentabilidade importar maiores custos, isto não pode ser interpretado necessariamente com uma alocação ineficiente de recursos, visto que o uso do predicado ineficiente deve decorrer de um juízo não estritamente financeiro, mas guiado pela aferição do bem comum produzido por cada recurso aplicado; (iii) o que faz, inclusive, com que um sistema de compras públicas sustentáveis seja tendencialmente mais eficiente, pois importa uma sistemática busca pela maximização dos recursos públicos aplicados nos procedimentos de contratação; (iv) já sob uma ótica de justiça, a teoria da justiça de John Rawls se revela a mais adequada pra julgar os sistemas de compras públicas, visto ser aquela pensada especificamente para analisar as instituições dos Estados constitucionais ocidentais, não se fundamentando em concepções metafísicas, nem tendo como foco principal a atuação cotidiana dos indivíduos, como ocorre nas restantes teorias da justiça; (v) e não sendo a participação em procedimentos de contratação um bem primário, deverão as instituições relacionadas ter como objetivo, para serem consideradas justas, ordenar as desigualdades sociais e econômicas de modo a beneficiar os menos favorecidos, atentando ao princípio da poupança justa e ao dever equitativo de oportunidades; (vi) nessa linha, em razão do dever equitativo de oportunidades, o uso de práticas discriminatórias para satisfazer demandas sustentáveis só será qualificado como justo se fundamentar-se em eventuais desvantagens possuídas pelos concorrentes beneficiados quando comparados com os demais, o que limita, sob uma ótica de justiça, os instrumentos procedimentais utilizáveis; (vii), depois, no que toca à ordenação das desigualdades, um sistema de contratação pública sustentável é o que melhor satisfaz tal dever, tendo em vista que equipara em termos de importância a obtenção do *best social value* e a busca do *best value for money*, sendo aquela uma missão

subsidiária nos demais sistemas de compras; (viii) por fim, um sistema de compras sustentáveis é o único que observa o princípio da poupança justa, visto ser o único em que a equidade intergeracional é sistematicamente aplicada, assegurando a consideração das gerações futuras em todos os procedimentos de contratação; (ix) de forma que um sistema de compras públicas sustentável é, também, a opção regulatória mais ética.

Por sua vez, quando da abordagem dogmática, destacaram-se as seguintes ideias: (i) Numa análise dogmática, os princípios constituem uma das formas pelas quais é possível depreender deveres de sustentabilidade mesmo sem a previsão legal expressa dos mesmos pelas legislações nacionais, visto que os princípios constituem o núcleo de sentido do ordenamento; (ii) possuem alguma relevância para compreender o problema da sustentabilidade nos contratos públicos os princípios da concorrência e igualdade – com um sentido tendencialmente conflitante com a satisfação de demandas sustentáveis –, bem como os princípios da prossecução do interesse público, da boa administração, e da sustentabilidade – estes com um sentido favorável à inclusão de demandas sustentáveis nos contratos –; (iii) da existência de princípios favoráveis à inclusão de demandas sustentáveis decorre um dever de sustentabilidade nos contratos públicos, o qual, no entanto, é demasiado genérico e, portanto, não cria deveres de sustentabilidade plenamente vinculantes, apenas constituindo um fundamento legal para casos limite; (iv) além disto, o exame dos princípios revela também uma certa tendência de conflito entre os princípios defensores de contratos públicos sustentáveis (sustentabilidade, boa administração e prossecução do interesse público) e os princípios da concorrência e igualdade, conflito este que apenas poderá ser resolvido diante do caso concreto, mas sendo possível notar, em função da própria natureza dos princípios envolvidos, uma tendência de solução pela prevalência dos princípios da igualdade e concorrência, mas sem uma supressão total dos princípios pró-sustentabilidade; (v) o outro domínio dogmático capaz de vincular os Estados é o do direito supra estatal, compreendendo o direito internacional e comunitário, visto constituírem normas expressas que possuem vinculação idêntica a das normas nacionais, tendo nossa pesquisa se centrado sobre os Estados português e brasileiro; (vi) aqui, o exame das realidades brasileira e portuguesa indicam uma baixa relevância das fontes internacionais, visto que o tema da sustentabilidade nos contratos públicos ou é tratado de forma pouco vinculativa, por tratados demasiado generalistas, ou sequer a sustentabilidade é objeto de previsões mandatórias, vide o ACP e as diretrizes do Banco Mundial, sendo a criação de autênticos deveres de sustentabilidade uma exceção, como no caso da Convenção n.º 94 da OIT;

(vii) de forma que as fontes internacionais revelam mais limitações à efetivação de demandas sustentáveis do que incentivos à sua promoção, dada a sua preocupação central com o combate de práticas discriminatórias contrárias ao fomento da competição internacional; (viii) já no domínio comunitário, as realidades brasileira e portuguesa são opostas, pois, enquanto no Brasil não há previsões vigentes relativas à sustentabilidade, em Portugal há um conjunto denso de normas decorrentes de Diretivas que prescrevem autênticos deveres de sustentabilidade, de conteúdo bastante claro e vinculante, conciliando tais deveres de sustentabilidade com a promoção de uma competição transnacional, revelando a plena compatibilidade de tais fins.

Conjugando tais constatações decorrentes das abordagens zetética e dogmática, concluiu-se, quanto ao problema acerca da existência de um dever de celebrar contratos públicos de acordo com um viés sustentável: (i) que, sob o ponto de vista zetético, os sistemas de contratação pública sustentável constituem um “dever” dos países, por configurar a melhor opção regulatória, embora a constituição de tal dever precise estar sob exame permanente; (ii) já do ponto de vista dogmático, é excepcional a existência de autênticos deveres de sustentabilidade, visto que os princípios criam um dever pouco vinculativo e, no âmbito das normas supra estatais, permanece excepcional a criação de deveres de sustentabilidade expressos e plenamente vinculativos, só se verificando no âmbito do direito comunitário europeu e em uma convenção da OIT, o que revela a necessidade de se repensar a finalidade das normas internacionais disciplinadoras da contratação pública.

Por fim, refletiu-se sobre a efetivação de demandas sustentáveis nos sistemas de compras públicas, onde foi enunciado que: (i) a investigação em torno dos meios de efetivação comumente desenvolve-se sob um viés individualista, focado em contratos e procedimentos em específico, porém, a concepção de um sistema de compras sustentável exige mais, exigindo pensar, também, diretrizes gerais para aplicação dos instrumentos procedimentais e contratuais úteis à implementação de políticas públicas, bem como as peculiaridades da governança de contratos sustentáveis; (ii) no que toca às diretrizes gerais, a primeira delas é a preferência por parâmetros de sustentabilidade ao alcance do mercado, com o fim de ampliar o impacto dos contratos, o que não significa uma absoluta proibição de restrições excessivas da concorrência, apenas se exigindo uma fundamentação com suficientes razões de necessidade quando isto ocorrer; (iii) em seguida, é importante que a implementação de políticas públicas foque em pontos de estrangulamento e potenciais externalidades positivas, visto que se revela pouco

produtivo ampliar em demasia as políticas públicas efetivadas, visto que isto provoca uma diminuição do impacto produzido, ao mesmo passo em que tende a ampliar os custos de transação; (iv) além de ser preciso atentar para um permanente juízo de eficiência, no qual deve estar incluído a ponderação dos custos de transação e a necessidade de organismos permanentes de controle interno; (v) já quanto aos instrumentos procedimentais e contratuais para efetivação de demandas sustentáveis, não há como apontar um rol taxativo dos mesmos, visto que a prática sempre poderá revelar novos instrumentos, porém, optou-se por enunciar aqueles mais utilizados nas diferentes realidades globais, ressaltando-se que a sua classificação de acordo com as fases do contrato foi realizada com um fim meramente didático; (vi) nessa linha, a própria decisão de celebrar ou não o contrato já é passível de incluir demandas sustentáveis, sendo preciso refletir sobre a dimensão da necessidade que se pretende suprir, com o fim de evitar padrões de consumo predatórios, bem como a necessidade de celebrar contrato com particular para tanto, ressaltando-se que, ao refletir sobre a necessidade do contrato, o ente adjudicante deve ter em conta também a sua função estratégica, tudo isto para além do eventual desenvolvimento de estudos acerca dos impactos do contrato, de maneira a aconselhar o ente contratante; (vii) depois, há que se ter atenção no objeto do contrato, momento fundamental para garantir um consumo sustentável por parte da Administração, sendo útil, durante as especificações técnicas, focar-se nos resultados que se pretende almejar, com a noção de que a escolha do objeto pode ter externalidades não só ambientais, mas também econômicas e sociais, podendo ser útil o uso consciente de certificações; (viii) ainda no planejamento do contrato, a escolha de como realizar o procedimento de contratação pode possuir repercussões importantes em termos ambientais, como também a modalidade licitatória, a duração do contrato vindouro, e o compartilhamento de compras ou, em termos sistemáticos, a adoção de sistemas centralizados de compras; (ix) iniciado o procedimento, o critério de adjudicação merece atenção, primeiramente porque, no caso de critério baseado exclusivamente no preço, torna-se imperioso que este compreenda também os custos indiretos, além de internalizar as externalidades que provoque, o que demanda uma análise bastante complexa, que desaconselha a adjudicação baseada apenas no preço; (x) já no caso de procedimento cuja adjudicação considere a qualidade, demandas sustentáveis podem ser incluídas no cálculo da pontuação, sendo a pontuação respectiva tão maior quanto a relevância daquele aspecto para a sustentabilidade do contrato, tendo-se atenção, todavia, para que todos os critérios de pontuação sejam objetivos e previamente comunicados aos concorrentes, inclusive

para assegurar a contratação da melhor solução sustentável; (xi) depois, a possibilidade de concessão de vantagens, dos mais diversos tipos, pode ser usada para favorecer agentes econômicos que se acredite possuir características estratégicas, devendo-se, porém, ter em atenção que a oferta de vantagens tende a aumentar o preço de aquisição ou afetar a qualidade do objeto contratado, além de eventualmente diminuir a competitividade dos agentes econômicos, a longo prazo, sendo certo que, caso prevista mais de uma hipótese legal de concessão de vantagens, torna-se imprescindível uma clara coordenação entre as mesmas; (x) ainda durante o procedimento, a divisão do objeto contratual em lotes constitui importante ferramenta para inclusão de agentes econômicos de menor porte; (xi) sendo um último instrumento procedimental o estabelecimento de requisitos mínimos para a celebração do contrato, sob pena de exclusão, forma bastante útil para reforçar políticas públicas já perseguidas por outros meios, sendo necessário, porém, refletir sobre a extensão dos requisitos a outros agentes econômicos relacionados ao concorrente, bem como sobre a forma de verificação dos requisitos, se mediante exclusiva referência a meios externos de fiscalização, ou se também mediante procedimentos internos; (xii) chegando à fase de execução do contrato público, a fixação de obrigações contratuais pode ser útil para garantir que o cumprimento contratual ocorrerá de forma sustentável, como é o caso, especialmente em domínios sensíveis como os da prestação do objeto, descarte de eventuais insumos e força de trabalho empregue, sendo certo, mais uma vez, que mais útil será centrar-se nos fins que se pretende almejar, bem como aliar o estabelecimento de obrigações com a previsão de requisitos mínimos que garantam a seleção de agente econômico apto a cumprir com as obrigações; (xiii) controversa é a fixação de contrapartidas, compensações exigidas a agentes econômicos estrangeiros com o fim de gerar benefícios econômicos, cujo uso, no entanto, demanda um exame demasiado complexo, sob pena de um alto risco de ineficiência, além de demandar uma permanente fiscalização, igualmente complexa; (xiv) destacando-se, enfim, como instrumento contratual a remuneração variável, a qual compreende a vinculação da remuneração final do contratado à obtenção de objetivos sustentáveis, os quais não podem constituir já uma obrigação do contratado, tampouco referir-se a benefícios que naturalmente decorreriam do regular cumprimento do contrato, devendo ser e objetivos e adequadamente publicitados os critérios para fixação da remuneração variável; (xv) por fim, a governança dos contratos sustentáveis possui peculiaridades, nomeadamente a ampliação da complexidade na gestão do contrato, o que demanda uma maior profissionalização dos órgãos destinados às compras públicas, sendo ainda útil para a

gestão de tal complexidade o uso, pelas entidades competentes, de seu poder normativo, bem como a adoção de sistemas eletrônicos de contratação; (xvi) além, a implementação de políticas públicas torna necessária uma governança global dos contratos, de forma que é insuficiente a gestão realizada pelas entidades adjudicantes, tornando-se necessário para desempenhar tal papel de gestão global uma autoridade reguladora do mercado dos contratos públicos, com o fim de desempenhar um controle *ex ante*, dada a insuficiência, num sistema de compras sustentáveis, do controle meramente sancionatório, constituindo o uso de plataformas eletrônicas um facilitador para o exercício desta governança global.



## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

### **Acórdãos**

#### **Tribunal de Justiça da União Europeia**

Acórdão proferido em 20/09/1988, em meio ao processo n.º 31/87, pesquisável em <http://www.curia.europa.eu>;

Acórdão proferido em 26/09/2000, em meio ao processo n.º C-225/98, pesquisável em <http://www.curia.europa.eu>;

Acórdão proferido em 17/09/2002, em meio ao processo n.º C-513/99, pesquisável em <http://www.curia.europa.eu>;

Acórdão proferido em 10/04/2003, em meio aos processos n.º C-20/01 e C-28/01, pesquisável em <http://www.curia.europa.eu>;

Acórdão proferido em 10/05/2012, em meio ao processo n.º C-368/10, pesquisável em <http://www.curia.europa.eu>;

#### **Tribunal de Contas da União**

Acórdão proferido em 08/06/2010, em meio ao processo n.º 003.405/2010-9, pesquisável em <https://portal.tcu.gov.br>;

Acórdão proferido em 02/09/2014, em meio ao processo n.º 044.166/2012-5, pesquisável em <https://portal.tcu.gov.br>;

### **Documentos públicos**

EUROPEAN UNION. **Buying green – a handbook on green public procurement.** Bruxelas: European Commission, 2016. [Consult. 13 Abr. 2020] Disponível em WWW: [https://ec.europa.eu/environment/gpp/buying\\_handbook\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm);

\_\_\_\_\_. **Buying social - a guide to taking account of social considerations in public procurement.** Bruxelas: European Commission, 2011. [Consult. 13 Abr. 2020] Disponível em WWW: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cb70c481-0e29-4040-9be2-c408cddf081f>;

\_\_\_\_\_. **Collection of statistical information on Green Public Procurement in the EU.** PwC Sustainability, 2009, p. 69-70. [Consult. 15 Fev. 2020] Disponível em WWW: [https://ec.europa.eu/environment/gpp/studies\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/studies_en.htm)

\_\_\_\_\_. **Europe 2020: a strategy for smart, sustainable and inclusive growth.** Bruxelas: European Commission, 2010. [Consult. 13 abr. 2020] Disponível em WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52010DC2020>;

\_\_\_\_\_. **International public procurement: from scant facts to hard data.** Genebra: European Commission, 2019, p. 2. [Consult. 14 Dez. 2019] Disponível em WWW: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/april/tradoc\\_153347.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/april/tradoc_153347.pdf);

\_\_\_\_\_. **Public procurement for a circular economy – good practice and guidance.** Genebra: European Commission, 2017. [Consult. 06 Jul. 2020] Disponível em WWW: [https://ec.europa.eu/environment/gpp/pubs\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/pubs_en.htm);

ICLEI. **Eco-procurement – the path to a greener marketplace.** Freiburg: ICLEI, 2003, p. 3. [Consult. 14 Dez. 2019] Disponível em WWW: [https:// iclei-europe.org/projects/?c=search&uid=6Alo1Zuw](https://iclei-europe.org/projects/?c=search&uid=6Alo1Zuw);

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Small Matters: Global evidence on the contribution to employment by the self-employed, micro-enterprises and SMEs.** Genebra: ILO, 2019. [Consult 04 Fev 2019] Disponível em WWW: [https://embargo.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_723282/lang--en/index.htm](https://embargo.ilo.org/global/publications/books/WCMS_723282/lang--en/index.htm);

OCDE. **Government at a glance 2019**. Paris: OCDE Publishing, 2019, p. 135. [Consult. 14 Dez. 2019] Disponível em WWW: [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2019\\_8ccf5c38-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2019_8ccf5c38-en);

MERCOSUL. **Protocolo de contratações públicas do MERCOSUL**. Brasília: MERCOSUL, 2017. [Consult. 25 Mar. 2020] Disponível em WWW: [https://www.mre.gov.py/tratados/public\\_web/ConsultaMercosur.aspx](https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx);

UNITED NATIONS. **Agenda 21**. Rio de Janeiro: 1992. [Consult. 24 Mar. 2020] Disponível em WWW: <https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21>;

\_\_\_\_\_. **Climate change and poverty: report of the special rapporteur on extreme poverty and human rights**. New York: Human Rights Council, 2019. [Consult. 20 Mar. 2020] Disponível em WWW: <https://digitallibrary.un.org/record/3810720>;

\_\_\_\_\_. **Johannesburg Declaration on Sustainable Development**. Joanesburgo: UN Department of Economic and Social Affairs, 2002. [Consult. 11 Fev. 2020] Disponível em WWW: [https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD\\_POI\\_PD/English/POI\\_PD.htm](https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm);

\_\_\_\_\_. **Johannesburg plan of implementation**. Joanesburgo: UN Department of Economic and Social Affairs, 2002. [Consult. 24 Mar. 2020] Disponível em WWW: [https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD\\_POI\\_PD/English/POIToc.htm](https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POIToc.htm);

\_\_\_\_\_. **Our Common Future**. New York: World Commission on Environment and Development, 1987. [Consult. 10 Fev. 2019] Disponível em WWW: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>;

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Green Economy and Trade – Trends, Challenges and Opportunities**. Nairobi: UNEP, 2013, pp. 18-23. [Consult. 27 Jan 2020] Disponível em WWW: <http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/8165>;

UNITED STATES OF AMERICA. Executive Order 12856 of August 3, 1993 - Federal Compliance With Right-to-Know Laws and Pollution Prevention Requirements. **Federal Register**, vol. 58, n.º 150, 1993. [Consult. 12 Mai. 2020] Disponível em WWW: <https://www.federalregister.gov/presidential-documents/executive-orders>;

WORLD BANK, **Guidelines procurement of goods, works, and non-consulting services under IBRD loans and IDA credits & grants by world bank borrowers**. Washington, D.C.: World Bank, 2014. [Consult. 03 mai. 2020] Disponível em WWW: <https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-policies-and-guidance#Guidelines>.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Key take-aways from the committee's symposium on sustainable procurement**. Genebra: WTO, 2017. [Consult. 24 Mar. 2020] Disponível em WWW: [docs.wto.org](https://docs.wto.org);

#### **Monografias e artigos científicos**

ADEODATO, Sérgio; *et al.* **Compra sustentável: a força do consumo público e empresarial para uma economia verde e inclusiva**. São Paulo: FGV GPC, 2012;

ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. **The law and economics of framework agreements: designing flexible solutions for public procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016;

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008;

ALHOLA, Katriina, et al. Exploiting the potential of public procurement: Opportunities for circular economy. **Journal of Industrial Ecology**, Vol. 23, n.º 1, 2019, pp.96-109;

ALMEIDA, Ana Carla Leite de; COELHO, Angelita de Souza. Contratações públicas sustentáveis e a promoção de uma economia verde e inclusiva. In **Panorama de licitações sustentáveis – direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 273-284;

ALMEIDA, Teresa. A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista ambiental: internalização de externalidades ambientais pelos critérios de adjudicação. **Boletim de ciências econômicas**, Vol. LVII, n. 1, 2014, pp 147-194;

\_\_\_\_\_. A relação qualidade ambiental-preço (ou custo) enquanto critério de adjudicação nos contratos públicos. **Boletim de ciências econômicas**, Vol. LVIII, 2015, pp 279-334;

\_\_\_\_\_. Critérios de adjudicação – o (novo) conceito de oferta economicamente mais vantajosa. **Revista de Contratos Públicos**, n.º 13, 2016, pp. 109-141;

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 237, 2004, pp. 1-6;

ARAGÃO, Maria Alexandra. A credibilidade da rotulagem ecológica dos produtos. **Revista do Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente - RevCEDOUA**, n.º 27, 2011, pp. 157-170;

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. Coimbra: Almedina, 2004, Vol. I;

ARISTÓTELES. **Ética nicomáquea y ética eudemia**. Madrid: Editorial Gredos, 1998;

ARNOLD, Ulli; BESSAM, Houssam-Eddine; GADOW, Rainer. Industrialization Strategy Based on Import Substitution Trade Policy. In **Designing public procurement policy in developing countries**. New York: Springer, 2012, pp. 53-90;

\_\_\_\_\_. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In **Social And Environmental Policies In Ec Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 108-146

ARROWSMITH, Sue. **The law of public and utilities procurement – regulation in the EU and UK**. Londres: Thomson Reuters, 2018, vol. I;

ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. EC regulation of public procurement. In **Social And Environmental Policies In Ec Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 55-107;

\_\_\_\_\_. Public procurement and horizontal policies in EC law: general Principles. In **Social And Environmental Policies In Ec Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 09-54;

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**. Coimbra: Almedina, 2006;

ATHEY, Susan; COEY, Dominic; LEVIN, Jonathan. Set-asides and subsidies in auctions. **American economic journal: microeconomics**, Vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 1-27;

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2015;

AZEVEDO, Pedro Santos. Apontamentos sobre os custos do ciclo de vida no novo Código dos Contratos Públicos. **Revista de contratos públicos**, n.º 18, 2018, pp. 71-92;

BACETI, Camila Moraes; ENMANUEL, Carlos-Andrés; YAKER, Farid. O trabalho do programa da nações unidas para o meio ambiente na promoção das compras públicas sustentáveis. In **Panorama de licitações sustentáveis – Direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 29-53;

BACHOF, Otto; STOBER, Rolf; WOLFF, Hans J. **Direito Administrativo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, vol. I;

BAUMGÄRTNER, Stefan; QUASS, Martin F. What is Sustainability Economics? **Ecological Economics**, Vol. 69, n.º 3, 2010, pp. 445-450;

BARBOSA, Caio Márcio Melo; RAUEN, André Tortato. **Encomendas tecnológicas no Brasil: guia geral de boas práticas**. Brasília: IPEA, 2019. [Consult. 23 Abr 2020] Disponível em WWW: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8907>;

BARKI, Teresa Villac Pinheiro; SILVA, Renato Cader da. Compras públicas compartilhadas: a prática das licitações sustentáveis. **Revista do Serviço Público**, n.º 63, vol. 2, 2012, pp. 157-175;

BARRAKET, Jo; FURNEAUX, Craig; KEAST, Robyn. **Social Procurement and New Public Governance**. New York: Routledge, 2016;

BARRIO GARCÍA, Gonzalo. Contratación pública y PMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación pública. In **Contratación pública estratégica**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 133-160;

BECKERS, Anna. Using Contracts to further sustainability? A contract law perspective on sustainable public procurement. In **Sustainable public procurement under EU Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 206-229;

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010;

BEHN, Robert D. Why measure performance? Different purposes require different measures. **Public administration review**, vol. 63, n.º 5, 2003, pp. 586-606;

BERNAL BLAY, Miguel Ángel. El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos. In **Contratación pública estratégica**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 161-186;

BETIOL, Luciana Stocco. Levando em conta a dimensão social nas contratações públicas. In **Panorama de licitações sustentáveis – Direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 169-189;

BIDERMAN, Rachel; *et al.* (org.). **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: ICLEI e GVces, 2008. [Consult. 18 Dez. 2019] Disponível em WWW: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/15417>;

BITTENCOURT, Sidney. **Licitações Sustentáveis: o uso do poder de compra do estado fomentando o desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014;

BLIACHERIS, Marcos Weiss. A sustentabilidade no regime diferenciado de contratações públicas. In **Panorama de licitações sustentáveis – Direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 81-97;

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2014;

BOSELTMANN, Klaus. **The principle of sustainability: transforming law and governance**. Hampshire: Ashgate, 2008, ebook;

BOVIS, Christopher. **The law of EU public procurement**. Oxford: Oxford University Press, 2015;

BOYLE, Rosemary. Disability issues in public procurement. In **Social And Environmental Policies In Ec Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 310-344;

BRAMMER, Stephen; WALKER, Helen. Sustainable procurement in the public sector: an international comparative study. **International journal of operations & production management**, vol. 31, n.º 4, 2011, pp. 452-476;

BRAUER, Jorgen; DUNNE, J. Paul (coord.). **Arms trade and economic development – theory, policy, and cases in arms trade offsets**. New York: Routledge, 2005;

BRAUER, Jorgen. Economic aspects of arms trade offsets. In **Arms trade and economic development – theory, policy, and cases in arms trade offsets**. New York: Routledge, 2005, pp. 54-65;



BRENTON, James; DAWAR, Kamala; KUNTZE, Jan-Cristoph. Issues and tensions in public procurement of “green innovation”: a cross-country study. **CTEI Working Paper Series**, 2011;

CALDEIRA, Jorge. Teoria do valor tupinambá. In **Nem céu nem inferno: ensaios para uma visão renovada da história do Brasil**. São Paulo: Três Estrelas, 2015, pp. 18-37;

CALDEIRA, Marco; GOMES, Carla Amado. Contratação pública “verde”: uma evolução pública (eco)lógica. In **Comentários à revisão do código dos contratos públicos**. Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 741-782;

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 16, n.º 65, 2016, pp. 249-275;

CALLENDER, Guy; MATTHEWS, Darin. Government purchasing: an evolving profession?. **Journal of public budgeting, accounting & financial management**, vol. 12, n.º 2, 2000, pp. 272-290;

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989;

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2012;

\_\_\_\_\_. O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne – revista de estudos politécnicos**, n.º 13, 2010. [Consult. 22 Mar. 2020] Disponível em WWW: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S164599112010000100002](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S164599112010000100002)

CARRIÓ, Genaro. R. Legal Principles and Legal Positivism. In **Philosophical analysis in Latin America**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1984;

CARVALHO, Raquel. Contratação pública e ecoinovação. In **Estudos em homenagem a Rui Machete**. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 881-904;

\_\_\_\_\_. **Direito da contratação pública**. Porto: Universidade Católica Editora, 2019;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014;

CASTRO JÚNIOR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: NOESSES, 2009;

CLARK, Jessica L.; GORDON, Daniel I.; SCHOONER, Steven L. Public procurement systems: unpacking stakeholder aspirations and expectations. **GW Law Faculty Publications & Other Works**, n. 111, pp. 2-25;

COLBY, Bonnie *et. al.* Transaction cost measurement for evaluating environmental policies. **Ecological economics**, n.º 52, 2005, pp. 527-542;

CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2013;

CORVAGLIA, Maria Anna. Public Procurement and Private Standards: Ensuring Sustainability Under the WTO Agreement on Government Procurement. **Journal of international economic law**, n.º 19, 2016, pp. 607-627;

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997;

CROOM, Simon.; BRANDON-JONES, Alistair. Impact of e-procurement: Experiences from implementation in the UK public sector. **Journal of Purchasing and Supply Management**, vol. 13, n.º 4, 2007, pp. 294-303;

DIOS, Laureano Canabarro; ZYMLER, Benjamin. **Regime diferenciado de contratação – RDC**. Belo Horizonte: Fórum, 2014;

D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. Contratação pública sustentável no direito europeu e português: reflexões sobre a sua evolução e a Diretiva 2014/24/EU. **Revista dos contratos públicos**, n.º 14, 2014, 103-153;

DOTTI, Marinês Restelatto; JUNIOR, Jessé Torres Pereira. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017;

DOVERS, Stephen R.; HANDMER, John W. Uncertainty, sustainability and change. **Global environmental change**, v.2, n.º 4, 1992, pp. 262-276;

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

ELKINGTON, John. **Cannibals with forks**. Oxford: Capstone, 1999;

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de direito dos contratos públicos – para uma contratação pública sustentável**. Coimbra: Almedina, 2012;

\_\_\_\_\_. Por uma visão ética da contratação pública. In **Liber Amicorum Fausto de Quadros**. Coimbra: Almedina, 2016, vol. II, pp. 303-315;

FERNANDES, Teresa.; VIEIRA, Vítor. Public e-procurement impacts in small-and medium-enterprises. **International Journal Procurement Management**, vol. 8, n.º 5, 2015, pp. 587-607;

FERNANDES, Viviane Vieira da Silva. O papel da fiscalização contratual no desenvolvimento nacional sustentável. In **Panorama de licitações sustentáveis – Direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 193-216;

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 9, n.º 37, 2009, pp. 133-142;

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação – subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015;

\_\_\_\_\_. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015;

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003;

FIUZA, Eduardo S. P. Desenho institucional em compras públicas. In **Marcos regulatórios no Brasil – aperfeiçoando a qualidade regulatória**. Brasília: IPEA, 2015, pp. 131-189;

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. São Paulo: Malheiros, 2007;

\_\_\_\_\_. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse público**, n.º 70, 2011, pp. 15-35;

\_\_\_\_\_. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016;

FREITAS, Marcelo de; MALDONADO, José Manuel Santos de Varge. O pregão eletrônico e as contratações de serviços contínuos. **Revista de administração pública**, vol. 47, n.º 5, 2013, pp. 1.265-1.282;

FUKUYAMA, Francis. Social capital, civil society and development. **Third World Quarterly**, vol. 22, n.º 1, 2001, pp. 07-20;

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017;

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Vol. 260, 2012, pp. 231-254;

GOLDIN, Ian. **Development – a very short introduction**. Oxford: Oxford university press, 2018;

GOMES, Carla Amado. Consumo Sustentável: ter ou ser, eis a questão... In **Textos Dispersos de Direito do Ambiente**. Lisboa: AAFDL Editora, 2014, Vol. 4, pp. 279-310;

GOMES, Cerqueira Pedro. Políticas estratégicas na nova Diretiva 2014/24/EU – objetivos sociais e ambientais. **Revista de Contratos Públicos**, n.º 11, 2016, pp. 89-110;

GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos contratos públicos**. Coimbra: Almedina, 2018, vol. I;

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013;

GOODLAND, Robert. The concept of environmental sustainability. **Annual review of ecology and systematics**, Vol. 26, 1995, pp. 1-24;

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. **Licitação pública – a lei geral de licitações e o regime diferenciado de contratações**. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 103-106;

HÁK, T.; JANOUSKOVÁ, S.; BEDRICH, M. How to understand and measure environmental sustainability: indicators and targets. **Ecological indicators**, v. 17, 2012, pp. 4-13;

HART, H. L. Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. In **Philosophy of law**. Belmont CA: Wadsworth Thomsom Learning, 1999, pp. 59-75;

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público nas Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, 2018, pp. 13-41;

\_\_\_\_\_. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013;

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, ebook;

KATTEL, Rainer; LEMBER, Veiko. Public procurement as an industrial policy tool an option for developing countries?. **Journal of public procurement**, vol. 10, n.º 3, pp. 368-404;

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014;

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979;

KYMLICKA, Will. **Contemporary political philosophy: an introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2002;

KLIKSBERG, Bernardo. Capital social y cultura, claves olvidadas del desarrollo. **Foro international**, vol. 42, n.º 3, 2002, pp. 454-496;

KUNZLIK, Peter. The procurement of ‘green energy’. In **Social And Environmental Policies In Ec Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 369-407;

LANDE, Robert H. Beware Buyer Power. **Legal times**, vol. 27, n.º 28, 2008, pp. 1-4;

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014;

LEGARTH, Jens Brøbech. Internet Assisted Environmental Purchasing. **Corporate environmental strategy**, Vol. 8, n.º 3, pp. 269-274;

LEHTONEN, Markku. The enviromental-social interface of sustainable development: capabilities, social capital, institutions. **Ecological Economics**, Vol. 49, 2004, pp. 199-214;

LEVI, Margaret. Social and Unsocial Capital: A Review Essay of Robert Putnam's Making Democracy Work. **Politics & Society**, vol. 24, n.º 1, 1996, pp. 45-55;

LOPES, Jorge Faria. A crescente relevância da fase de preparação dos procedimentos de formação de contratos públicos – breves notas à luz da Diretiva 2014/24/EU. **Revista de contratos públicos**, n.º 15, 2014, pp. 125-168;

LOUREIRO, Joana Mendes Ferreira de Sousa. **A regulação do mercado da contratação pública**. Dissertação de mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013. [Consult. 11/05/2020] Disponível em WWW: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34784/1/A%20Regulacao%20do%20mercado%20da%20contratacao%20publica.pdf>;

MAGALHÃES, Fabrício Arthur Galupo; SOUZA, Delfino Natal de. O uso do poder de compra e as políticas de compras. In **Panorama de licitações sustentáveis – Direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 285-297;

MARRARA, Thiago; RECCHIA, Paulo Victor. Microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) em licitações: comentários aos meios discriminatórios da LC 123 e suas modificações recentes. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, Vol. 01, n.º 1, 2017, pp. 118-139;

MARINOVA, Dora; TODOROV, Vladislav. Modelling sustainability. **Mathematics and computers in simulation**, Vol. 81, n.º 7, 2011, pp. 1397-1408;

MAYMONE, Rodolfo de Azevedo. **Os Acordos de Compensação (Offset) nas FF.AA. e a percepção dos gerentes de projetos militares**. Dissertação de mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2019. [Consult. 08 Jul. 2020] Disponível em WWW: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35759>;

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 2018;

MCCRUIDEN, Christopher. **Buying Social Justice: equality, government procurement, and legal change.** Oxford: Oxford University Press, 2007;

\_\_\_\_\_. Using public procurement to achieve social outcomes. **Natural Resources Forum**, vol. 28, n.º 4, 2004, pp. 257-267;

MEBRATU, Desta. Sustainability and sustainable development: historical and conceptual review. **Environmental Impact Assessment Review**, Vol. 18, n.º 6, 1998, 493-520;

MEDEIROS, Rui. Em defesa de uma perspetiva dualista na regulamentação da contratação pública. In **Estudos de homenagem a Mário Esteves de Oliveira**. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 685-695;

MEDINA ARNÁIZ, Teresa. Comercio justo y contratación pública, In **Contratación pública estratégica**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 249-282;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015;

\_\_\_\_\_. **Discrecionariade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1996;

\_\_\_\_\_. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2014;

MESQUITA, Dilne Mendes; ROMÃO, Ana Lúcia; SANTOS, Geovane Santana dos. O reflexo da centralização das compras governamentais na economia local do Estado do Ceará (Brasil). In **Centralização e agregação de compras públicas – reflexões sobre uma tendência atual da contratação pública**. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 87-107;

MILIOS, Leonidas. Advancing to a Circular Economy: three essential ingredients for a comprehensive policy mix. **Sustainability science**, Vol. 13, n.º 3, 2018, pp. 861-878;



MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011;

\_\_\_\_\_. **Curso de direito internacional público**. Cascais: Principia, 2016;

MONCADA, Luís Cabral de. Introdução. Os princípios gerais de direito administrativo. Seu conteúdo, tipologia e alcance. In **Em homenagem ao professor doutor Freitas do Amaral**. Coimbra: Almedina, 2010;

MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In **Estudos de contratação pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Vol. IV, pp. 5-18;

MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Centralização de compras públicas no Brasil. In **Centralização e agregação de compras públicas – reflexões sobre uma tendência atual da contratação pública**. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 65-86;

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Araña. La contratación del sector público como política pública. In **Contratación pública estratégica**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 31-44;

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2015;

OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. **Concursos e outros procedimentos de contratação pública**. Coimbra: Almedina, 2011;

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Os princípios gerais da contratação pública. In **Estudos da contratação pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, Vol. I;

OSBORNE, Stephen. The New Public Governance?. **Public Management Review**, Vol. 8, n.º 3, 2006, pp. 377-387;

OTERO, Paulo. **Direito do procedimento administrativo**. Coimbra: Almedina, 2016, vol. I;

\_\_\_\_\_. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2016, vol. 1;

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Contratações públicas sustentáveis. In **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 80-113;

PERNAS GARCÍA, J. José. **Contratación pública verde**. Madrid: La Ley, 2011;

PORTER, Michael E. **Estratégia Competitiva: técnicas para análise de indústrias e da concorrência**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

RAIMUNDO, Miguel Assis. **A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público**. Lisboa: AAFDL Editora, 2013;

\_\_\_\_\_. Dever de ponderação da adjudicação por lotes e dever de fundamentação da não divisão no direito dos contratos públicos. **E-pública**, Vol. 4, n.º 2, 2017, pp. 21-46;

\_\_\_\_\_. Os princípios do novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In **Comentários ao novo código do procedimento administrativo**. Lisboa: AAFDL, 2018, vol. I, p. 257-294;

\_\_\_\_\_. Primeira análise das novas directivas (parte I). **Revista de contratos públicos**, n.º 9, 2013, pp. 05-57;

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

\_\_\_\_\_. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. **Lua Nova**, n.º 25, 1992, pp. 25-59

\_\_\_\_\_. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora Ática, 2000

\_\_\_\_\_. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002;

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O Direito Administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 272, 2016, pp. 209-249;

ROCHA, Joaquim Freitas da. Sustentabilidade e finanças públicas responsáveis. Urgência de um direito financeiro equigeracional. In **Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Vol. I, pp. 619-639;

RODRIGUES, Luís Graça; SILVEIRA, Paula de Castro. Regime das contrapartidas nos contratos públicos em Angola: o que há de novo?. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Vol. LVIX, 2018, pp. 83-103;

RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política económica**. Coimbra: Almedina, 2013;

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). **Revista dos Tribunais**, vol. 891, 2010, pp. 65-106;

ROLO, Nuno Miguel Cunha. **Manual de administração e governação pública**. Lisboa: AAFDL Editora, 2019, Vol. I;

ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004;

ROSSETTI, Suzana M. **Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2017;

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002;

SACHS, Jeffrey D. **A era do desenvolvimento sustentável**. Lisboa: Actual, 2017;

SAKALLARIS, Andrew George. Questioning the sacred cow: reexamining the justifications for small business set asides. **Public Contract Law Journal**, vol. 36, n.º 4, 2007, pp. 685-700;

SÁNCHEZ, Pedro Fernandez. **Direito da contratação pública**. Lisboa: AAFDL Editora, 2020, Vol. I;

SANTANA, Jair Eduardo. Pensamentos linear-cartesiano, sistêmico e complexo aplicados à governança pública: as aquisições governamentais. **Revista Zênite – informativo de licitações e contratos**, Vol. 226, 2012, pp. 1.207-1.217;

SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 157-181;

SCHMIDT, Luísa; GUERRA, João. Sustainability: dynamics, pitfalls and transitions. In **Changing societies: legacies and challenges**. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais, 2018, vol. III, pp. 27-53. [Consult. 14 Set. 2019] Disponível em WWW: <https://www.ics.ulisboa.pt/books/book3/full.pdf>;

SCHOENMAEKERS, Sarah. The role of SMEs in promoting sustainable procurement. In **Sustainable public procurement under EU Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 160-181;

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In **O regime diferenciado de contratações públicas – comentários à lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 181-204;

SCHOONER, Steven L. Desiderata: objectives for a system of government contract law. **Public Procurement Law Review**, Vol. 11, n. 2, 2002, pp. 103-110;

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2010;

\_\_\_\_\_. **Escolha coletiva e bem-estar social**. Coimbra: Almedina, 2012;

\_\_\_\_\_. **Sobre Ética e Economia**. Coimbra: Almedina, 2012;

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para cééticos**. São Paulo: Malheiros, 2017;

SILVA, Jorge Andrade da. **Código dos contratos públicos – anotado e comentado**. Coimbra: Almedina, 2019;

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Editora Atlas, 2002, vol. I;

SJÅFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja. Why should public procurement be about sustainability?. In **Sustainable public procurement under EU Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 01-22;

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999;

TAYLOR, Travis. Using procurement offsets as an economic development strategy. In **Arms trade and economic development – theory, policy, and cases in arms trade offsets**. New York: Routledge, 2005, pp. 34-46;

TAYLOR, Travis K. Countertrade offsets in international procurement: theory and evidence. In **Designing public procurement policy in developing countries**. New York: Springer, 2012, pp. 15-34;

TAYLOR, Travis K.; YÜLEK, Murat A. (Coord.). **Designing public procurement policy in developing countries**. New York: Springer, 2012;

TERRA, Antonio Carlos Paim. **Compras públicas inteligentes: uma proposta para a melhoria da gestão das compras governamentais**. Brasília: ENAP, 2018. [Consult, 11 Mai. 2020] Disponível em WWW: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3166>;

TREPTE, Peter. **Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation**. Oxford: Oxford Scholarship, 2004;

TRYBUS, Martin. The promotion of small and medium sized enterprises in public procurement: a strategic objective of the new public sector directive. In **Modernising public procurement – the new directive**. Copenhagen: Djøf, 2014, pp. 255-280;

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública. In **Contratación pública estratégica**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 329-368;

VALIM, Rafael. Contratação pública e sustentabilidade. In **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 517-531;

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. **Economia – micro e macro**. São Paulo: Atlas, 2002;

VEIGA, José Eli da. A primeira utopia do Antropoceno. **Ambiente & sociedade**, v. XX, n.º 2, 2017, 233-252;

\_\_\_\_\_, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. Ebook. São Paulo, Editora 34, 2016;

VIANA, Cláudia. A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional. In **Estudos da contratação pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, Vol. I, pp. 23-49;

VICENTE, Dário Moura. Direito comparado. Coimbra: Almedina, 2015, vol. I;

VICENT-JONES, Peter. **The New Public Contracting: regulation, responsiveness, relationality**. Oxford: Oxford University Press, 2006;

VILLAC, Teresa. Direito internacional ambiental como fundamento principiológico e de juridicidade para as licitações sustentáveis no Brasil. In **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 43-68;

VILLAC, Teresa. Licitações sustentáveis e hermenêutica. In **Panorama de licitações sustentáveis – Direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 65-79;

VITORELLI, Edilson. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 19, n.º 78, 2019, pp. 195-219;

VOS, Robert O. Perspective defining sustainability: a conceptual orientation. **Journal of chemical technology and biotechnology**, 82, 2007, pp. 334-339;

WALKER, Priscila Benelli. Protocolo de contratações públicas para o MERCOSUL: Implicações para o Brasil. **Pontes**, vol. 1, n.º 2, 2005, pp. 15-17;

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000;

WEISS, Edith Brown. In Fairness To Future Generations and Sustainable Development. **American University Law Review**, Vol. 8, n.º 1, 1992, pp. 19-26;

WIESBROCK, Anja. Socially responsible public procurement: european value or national choice?. In **Sustainable public procurement under EU Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 75-98;

WILLIAMS, Sope. Coordinating public procurement to support EU objectives – a first step? The case of exclusions for serious criminal offences. In **Social And Environmental Policies In Ec Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 479-498;

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado. Lisboa:** Fundação Calouste Gulbenkian, 1997;

ZWICKER, Igor de Oliveira. A responsabilização objetiva da administração pública nos contratos de terceirização frente a Convenção nº 94 da OIT. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**, vol. 48, n.º 95, 2015, pp. 77-100;



## ÍNDICE

<b>RESUMO.....</b>	<b>III</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>IV</b>
<b>ADVERTÊNCIAS .....</b>	<b>V</b>
<b>SIGLAS E ABREVIATURAS .....</b>	<b>VI</b>
<b>PLANO DE TRABALHO .....</b>	<b>VII</b>
<b>I. APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO OBJETO INVESTIGADO .....</b>	<b>9</b>
<b>I. O QUE É CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL? .....</b>	<b>15</b>
<b>1. O que é sustentabilidade? .....</b>	<b>15</b>
a) A dimensão ambiental .....	19
b) A dimensão econômica .....	21
c) A dimensão social.....	23
<b>2. A necessária observância das 3 dimensões para uma verdadeira sustentabilidade.....</b>	<b>24</b>
<b>3. A contratação pública sustentável como além de uma contratação pública ecológica ou social .....</b>	<b>27</b>
a) Contratação pública ambientalmente sustentável .....	32
b) Contratação pública economicamente sustentável .....	36
c) Contratação pública socialmente sustentável.....	40
<b>4. Contratação pública sustentável: um novo paradigma para os sistemas de compras públicas?.....</b>	<b>42</b>
<b>II. POR QUE UMA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL: ENTRE UMA ANÁLISE DOGMÁTICA E ZETÉTICA.....</b>	<b>45</b>
<b>1. Razões econômicas em defesa de uma contratação pública sustentável.....</b>	<b>48</b>
<b>2. Razões de justiça em defesa de uma contratação pública sustentável.....</b>	<b>55</b>
<b>3. A noção de contratação pública sustentável e os princípios jurídicos .....</b>	<b>60</b>
a) Princípio da concorrência .....	62
b) Princípio da prossecução do interesse público .....	63
c) Princípio da igualdade.....	64
d) Princípio da boa administração ou da eficiência .....	65
e) Princípio da sustentabilidade.....	66
f) O dever principiológico de contratar de forma sustentável e a ponderação de eventuais conflitos .....	68
<b>4. As compras públicas sustentáveis e o direito internacional e comunitário..</b>	<b>71</b>
a) O direito internacional .....	72

b)	O direito comunitário da União Europeia e o Direito do MERCOSUL...	75
5.	A contratação pública sustentável é um dever dos Estados contemporâneos?	78
III.	COMO EFETIVAR UM SISTEMA DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL .....	81
1.	Diretrizes para inclusão de políticas públicas nas compras governamentais	83
a)	Preferência por parâmetros de sustentabilidade ao alcance do mercado	84
b)	Foco em pontos de estrangulamento e potenciais externalidades positivas	86
c)	Sujeição permanente a uma lógica de eficiência .....	88
2.	Meios de efetivação da sustentabilidade nos procedimentos de contratação e contratos públicos .....	90
a)	Meios relacionados à decisão de comprar .....	90
b)	Meios relacionados ao procedimento de contratação .....	97
c)	Meios relacionados à execução do contrato .....	104
3.	O papel da governança num sistema de compras públicas sustentável .....	108
IV.	CONCLUSÕES .....	112
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	121